# Die Arten vereinbarungsmäßiger Abänderung des gesetzlichen Erfüllungsorts im Handelsverkehr.

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen.

Vorgelegt von

**Walter Deyhle**

Referendar aus Ludwigsburg.

19/31

# Die Arten vereinbarungsmäßiger Abänderung des gesetzlichen Erfüllungsorts im Handelsverkehr.

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen.

Vorgelegt von

**Walter Deyhle**

Referendar aus Ludwigsburg.

Berichterstatter: Professor Dr. A. Schmidt.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

# Literaturübersicht.


Adler, Zur Lehre vom Uebergang der Ware vom Verkäufer auf den Käufer in Goldschmidt's Zeitschr. 86 S. 273 ff.

Becker, Wirkung und rechtliche Bedeutung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens in Rundschau für G. m. b. H. 1928 S. 235.

Bendix, Verkehrssitte und Handelsbräuche in J. W. 1921 S. 226.

Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen in Festschrift für E. J. Bekker 1907.

Bülow, Geständnisrecht 1899.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Auflage 1930 und frühere Auflagen.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 1911.

Danz, Laienverstand und Rechtsprechung Iherings J. 38 S. 454 ff.

Danz, Rechtsprechung nach Volksanschauung und Gesetz Iherings J. 54 S. 116 ff.

Dernburg, Lehrbuch des bürgerl. Rechts 4. Aufl. 1909.

Dove, Subjektive Elemente bei der Gewohnheitsrechtsbildung usw. J. W. 1916 S. 368.

Dove-Meyerstein, Gutachten über Handelsgebräuche, erstattet von der Handelskammer Berlin.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch 2. Aufl. 1910, I. Bd. 3. Aufl. 1930.

Eberhard, Zur Lehre vom Erfüllungsort, Diss. Greifswald 1916.

Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts IV. Band II. Abt. 1918.

Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung 1893.

Eltzbacher, Handlungsfähigkeit 1903.

Endemann, Friedrich, Lehrbuch des bürgerl. Rechts 6. Aufl. 1899, III. Band 8. und 9. Aufl. 1920.

Endemann, Wilhelm, Handbuch des deutschen Handels-See- und Wechselrechts 1882.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 12. Bearbeitung Allgem. Teil 1930; 11. Bearbeitung Schuldverhältnisse 1930.

Gareis, Das Stellen zur Disposition.

v. Gierke, Julius, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht 3. Aufl. 1929.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts 2. Aufl. 1874.

Hanausek, Fakturen und Fakturenklauseln nach österreich. Recht 1891.

Heck, Grundriß des Schuldrechts 1929.

Hölder, Kommentar zum Allgem. Teil des B.G.B. 1900.

Jakobsohn, Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, Iherings J. 56, S. 348 ff.

Koenige, Handausgabe des Handelsgesetzbuchs 2. Aufl. 1929.

Kommentar zum B.G.B. von Reichsgerichtsräten (R.G.R.K.) 6. Aufl. 1928.

Leist, Einschränkung des Irrtums- und Täuschungsanfechtung, Arch. f. ziv. Prax. 102 S. 215 ff.

Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort 1907.
Leonhard, Die Beweislast 1904.
Lehmann, Allgemeiner Teil des B.G.B. 3. Aufl. 1928.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch 1901.
Mackower, Kommentar zum H.G.B. 13. Aufl. 1905/07.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 1907.
Oertmann, Kommentar zum Allgem. Teil des B.G.B. 3. Aufl. 1927. Kommentar Schuldverhältnisse 5. Aufl. 1929.
Oertmann, Zur Lehre vom Leistungsort, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1908 S. 385.
Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte 1914.
Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. I 4. Aufl. 1913, Bd. V 4. Aufl. 1930.
Riesenfeld, Breslauer Handelsbräuche. Gutachten der Handelskammer Breslau 1900.
Rosenberg, Zur Lehre vom qualifizierten Geständnis, Arch. f. ziv. Prax. 94 S. 1 ff.
Schreiber, Handelsbräuche 1922.
Schroeder, Vereinbarungen über den Erfüllungsort im Handelsverkehr Diss. Breslau 1920.
Schweiger, Die Bedeutung des Stillschweigens innerhalb der § 346, 362 H.G.B. Diss. Erlangen 1929.
Siegel, Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde, Arch. f. ziv. Prax. 111, S. 1 ff.
Siller, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben in J. Rdsch. 1927 S. 291.
Staub, Kommentar zum H.G.B. 12. und 13. Aufl. 1926.
Staudinger, Kommentar zum B.G.B. 9. Aufl. 1925.
Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung 14. Aufl. 1928.
Wach, Das Geständnis, Arch. f. ziv. Prax. 64 S. 201 ff.
Warneyer, Kommentar zum B.G.B. 1923.
Wedemeyer, Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen 1903.
Wedemeyer, Auslegung und Irrtum.
Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, Arch. f. ziv. Prax. 92 S. 1 ff.
Bad. Rpr.: Badische Rechtspraxis.
Bankarchiv: Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.
Bolze: Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
D.J.Z.: Deutsche Juristenzeitung.
Els. Loth. J.Z.: Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
Das Geschäft: Monatsschrift für kaufmännische Praxis.
Goldschmidt's Zeitschr.: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Hans. R.Z.: Hanseatische Rechtszeitschrift.
Hans. G.Z.: Hanseatische Gerichtszeitung.
Holdheims M.-Schr.: Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Dogm. J.).
J.W.: Juristische Wochenschrift.
J. Rdsch.: Juristische Rundschau, Zeitschrift für praktische Rechtskunde.

K.G.Bl.: Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
L.Z.: Leipziger Zeitschrift für Handels-Konkurs- und Versicherungsrecht.
Neumann's Jahrbuch des deutschen Rechts.
O.L.G.: Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts.
Das Recht: Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Recht und Handel: Monatsschrift für Handel, Industrie und Verkehr.
R.G.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R.O.H.G.: Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Rundschau für G. m. b. H.
Sächs. Rpfl. A.: Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
Schl.-Holst. Anz.: Schleswig-Holstein'sche Anzeigen.
Seuff. A.: Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.
Speditions- und Schiffahrtszeitung.
Warneyer's Jahrbuch der Entscheidungen.
Warneyer's Rechtsprechung des Reichsgerichts.
Zentralblatt für das Handelsrecht.
Arch. f. ziv. Prax.: Archiv für zivilistische Praxis.
Die Wirtschaft und das Recht.

# Inhalts-Verzeichnis.


A.: Allgemeiner Teil. Grundlagen.

§ 1. Bedeutung und Begrenzung der Aufgabe.

§ 2. Die rechtliche Natur des Schweigens.

1. Die Willenserklärung durch Stillschweigen.

2. Offerte und Stillschweigen.

B.: Besonderer Teil.

I. Der Vermerk in der Faktura.

§ 3. Begriff und Arten der Faktura.

§ 4. Die rechtliche Wirkung des Vermerks.

II. Der Vermerk in der Kommissionskopie.

§ 5.

III. Der Vermerk im Bestellschein.

§ 6.

IV. Der Vermerk im Bestätigungsschreiben.

§ 7. Arten und rechtliche Natur der Bestätigungsschreiben.

§ 8. Die Annahme des Bestätigungsschreibens.

§ 9. Einzelfragen.

§ 10. Insbesondere die Irrtumsanfechtung.

§ 11. Die Beweislast.

V. Der Vermerk im Schlußschein.

§ 12.

VI. Sonstige Arten vereinbarter Abänderung.

§ 13.

# A. Allgemeiner Teil.

## Bedeutung und Begrenzung der Aufgabe.

### § 1.

Für jede Leistung ist der Ort, an dem sie zu erfolgen hat wesentlich. Der Gläubiger kann von dem Schuldner verlangen, daß er an ihm seine Verpflichtung erfülle, und der Schuldner ist berechtigt von dem Gläubiger zu verlangen, daß er die Erfüllung an ihm annehme. Eine Leistung an einem andern Ort ist nicht die geschuldete Leistung; sie kann nicht gefordert und braucht nicht angenommen zu werden. Diesen ganz bestimmten Ort nennt man Erfüllungs- oder Leistungsort.[1]) Die genannte Bedeutung für die Leistung ist der Wesensinhalt des Begriffs „Erfüllungsort". Seine Wirkung erschöpft sich aber nicht in den dadurch ausgelösten Folgen. Vielmehr knüpfen sich an ihn als Tatbestandselement weitere Rechtswirkungen. So bestimmt er Gefahrtragung und Kostenpflicht beim Kauf (§§ 447, 448 B.G.B.). Er ist maßgebend für das örtliche Recht, nach welchem ein Schuldverhältnis zu beurteilen ist. Das ist besonders wichtig im Grenzrecht, im internationalen Privatrecht beim rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dem Ausland. Die deutsche Praxis nimmt einheitlich an,[2]) daß sich nach dem Erfüllungsort das anzunehmende Recht für alle die Fragen bestimmt, für welche das Statut des Schuldverhältnisses überhaupt maßgebend ist. Aber nicht bloß das Recht, auch die am Erfüllungsort herrschenden Lebensanschauungen sind für die Beurteilung, insbesondere die Auslegung von Rechtsgeschäften, erheblich (§§ 359, 361, 380 H.G.B.)[3]). Auf prozessualem Gebiet ist die Bestimmung des § 29 C.P.O., wonach der Erfüllungsort den Gerichtsstand, das forum contractus festlegt bei Vertragsobligationen, von praktisch hervorragender Bedeutung.[4])

Die Ermittlung des Erfüllungsorts richtet sich nach § 269 B.G.B.; drei Faktoren sind für seine Bestimmung entscheidend: in erster Linie der Parteiwille, danach die Natur des Schuld-

[1]) Heck, Grundriß des Schuldrechts 1929 § 6 S. 23.

[2]) R.G. Bd. 107 S. 46; Bd. 103 S. 261 und die dort angeführten Entscheidungen in Bd. 66 S. 75; Bd. 73 S. 387; Bd. 78 S. 59; Bd. 82 S. 309; Bd. 95 S. 165.

[3]) R.G. Bd. 74 S. 171.

[4]) Vgl. zu allem Leonhard Erfüllungsort und Schuldort. S. 166 ff.

verhältnisses und zuletzt erst beim Mangel der beiden andern Bestimmungsgründe kraft subsidiärer, ergänzender Norm der Wohnsitz des Schuldners oder sein gewerblicher Niederlassungsort. Diese Regelung ist für den bürgerlich rechtlichen Verkehr wie für den Handelsverkehr zwischen Kaufleuten dieselbe. Das frühere H.G.B. hatte in den Art. 324 und 325 Vorschriften über den Ort der Erfüllung bei Handelsgeschäften. Diese wurden im Wesentlichen in das B.G.B. übernommen und deshalb im neuen H.G.B. entbehrlich. Außerdem hatte das alte H.G.B. noch einen besonderen Art. 342 über den Ort der Erfüllung beim Handelskauf. Auch dieser ist weggefallen, weil er infolge der allgemeinen Vorschriften überflüssig wurde. Es entscheiden also lediglich die allgemeinen Bestimmungen des B.G.B., §§ 269, 170.[5]) Der großen rechtlichen Bedeutung des Erfüllungsorts entspricht auch diese Regelung seiner Festlegung. Da er grundlegend für die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien ist, hat der Gesetzgeber auch dem Parteiwillen den Vorrang gelassen. Wenn schon das Recht derartige Wirkungen an den Ort der Leistung knüpft, so soll es auch der freien Selbstbestimmung der Parteien überlassen bleiben, ihn da zu begründen, wo er den Bedürfnissen beider nach ihrem Willen genügt. Wo aber der Wille fehlt, da greift das Gesetz ein. Das Selbstbestimmungsrecht der Parteien ist für die prozessuale Rechtsfolge des Erfüllungsorts, den Gerichtsstand, vor allem von größter Bedeutung. Die Fülle der Entscheidungen, welche das R.G. fällte,[6]) geben ein beredtes Zeugnis davon. Aber auch wer einen Blick in die Praxis der untersten Gerichte geworfen hat, kann erkennen, daß dort nicht minder häufig die gleichen Fragen den Richter beschäftigen. Um den Interessenzwiespalt bei der parteilichen Festlegung des Erfüllungsorts in seiner Maßgeblichkeit für die örtliche Zuständigkeit und folglich das Bedürfnis nach klarer, bestimmter Vereinbarung desselben kennen zu lernen, greifen wir aus dem Vielzahl der Rechtsstreitfälle ein Beispiel des täglichen Lebens heraus. Die Erkenntnis der praktischen Wichtigkeit der zu erörternden Aufgabe wird dadurch deutlicher. Ein Reisender einer Mannheimer A.G. verkauft an einen ostpreußischen Gutsbesitzer, der Kannkaufmann[7]) nach § 3 H.G.B. ist, eine landwirtschaftliche Maschine mit der im Bestellschein stehenden Klausel „Erfüllungsort Mannheim". Infolge ausbleibender Zahlung erhebt die Gesellschaft Klage bei dem danach zuständigen Landgericht als dem Gerichte des Erfüllungsorts. Der Beklagte ist gezwungen, in Mannheim einen Anwalt zu be-

[5]) Staub, Kommentar zum H.G.B. 1926 Bd. III Anh. zu § 372 Anm. 1.

[6]) Um nur einige zu nennen, vgl. R.G. 5 S. 394; 52 S. 133; 65 S. 331; 57 S. 408; 58 S. 66; J.W. 1905 S. 147; Gruchot 54 S. 677.

[7]) Gierke, Handels- und Schiffahrtsrecht 3. Aufl. 1929 § 10.

stellen, den er selbst wohl gar nicht instruieren kann, da schriftliche Instruktion sehr schwierig und eine Reise zu kostspielig ist. Die persönliche Rechtsfolgerung wird tatsächlich unmöglich. Ein Korrespondenzanwalt ist nicht zu entbehren. Wieviel Aufwand an Arbeit, Zeit und Geld allein schon durch die Prozeßeinlassung entsteht, braucht nicht gesagt zu werden. Wird dann im Prozeß Mangelhaftigkeit der Maschine eingewandt unter Beweisantritt mit dem Zeugnis der Arbeiter und Wirtschaftsbeamten, mit einem Augenschein in die Bodenbeschaffenheit, so ist das Rechtshilfegericht in Bewegung zu setzen. Welche Nachteile durch derartige kommissarische Beweisaufnahmen entstehen, lehrt die Erfahrung. Wesentliche Imponderabilien gehen dem erkennenden Gericht verloren. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit wird geopfert und damit entschwindet eine erhebliche Garantie für die Richtigkeit eines Urteils. Die Klägerin andererseits hat ein Interesse an dem heimatlichen Gerichtsstand. Sie hat am Ort ihrer Geschäftsniederlassung ihren erfahrenen Anwalt; schnellere und richtigere Erledigung des Rechtsstreits ist damit für sie gewährleistet. Das Zutrauen zum Gericht seines Sitzes wird auch allgemein beim Kaufmann und Industriellen viel größer sein, da an besonderen Handels- und Industriezentren die richterliche Sachkunde meist größer ist. Auch ist die Auswahl von Sachverständigen günstiger. Kurz: Die Tendenz des Lieferanten wird dahin gehen, die prozessualen Konsequenzen einer geschäftlichen Beziehung sich am Ort seines eigenen Geschäftsmittelpunktes abspielen zu lassen. Die Frage ist daher immer: ist ein besonderer vom gesetzlichen abweichender Erfüllungsort rechtsgültig vereinbart? Damit kommen wir zu der allgemein üblichen Klausel „Erfüllungsort X". Was derjenige, welcher diese Klausel in einem Vertrag festgelegt wissen will, damit beabsichtigt, welcher Sinn ihr im allgemeinen innewohnt, ist ersichtlich aus obigem Beispiel. Sie will fast ausschließlich dem Verkäufer am Orte seiner Niederlassung einen Gerichtsstand schaffen.[8]) Von den übrigen Rechtswirkungen macht sich der Laie keine Vorstellung.

Bei der Prüfung des Zustandekommens einer gültigen Erfüllungsortsvereinbarung ist zweierlei auseinanderzuhalten, nämlich das Was und das Wie einer solchen Vereinbarung. Welchen Inhalt muß eine diesbezügliche Abmachung haben und auf welche Art und Weise kommt sie zustande oder wird ein Zustandebringen versucht? Beim einen handelt es sich um die Auslegung einer gültigen Vereinbarung zum Zweck des Schlusses auf einen besonderen Erfüllungsort, beim andern um die Existenz einer Erfüllungsortsabrede überhaupt. Die logisch widerspruchsvolle Umkehrung der Reihenfolge beider zu betrachtenden Punkte rechtfertigt sich unter dem Gesichtspunkt, daß Hauptzweck der

[8]) Oertmann, Seuff Bl. f. Rechtsanwendung 1908 S. 385.

Aufgabe die Darstellung des Wie der Vereinbarung im Handelsverkehr ist und die andere Frage nur kurz berührt werden soll. In der kaufmännischen Praxis sind zur Vereinbarung eines Erfüllungsorts eine Reihe von Klauseln im Gebrauch. Dieser Zustand befriedigt nicht, da die Bedeutung der Klauseln nicht bloß bei den verschiedenen Handelszweigen verschieden, sondern auch innerhalb der einzelnen Branche oft unsicher ist. Die Rechtsprechung geht daher einheitlich dahin, daß solche Klauseln ausnahmslos keine Vereinbarung des Erfüllungsorts für die Lieferung enthalten, sondern sich lediglich auf die Tragung der Transportkosten beziehen. So lauten die Entscheidungen für die Klauseln franko Waggon X[9]), franko X[10]), franko Bahnhof X[11]), ab X[12]), cif X[13]), fob X[14]) jeweils negativ für den Erfüllungsort. Einwandfreie Klauseln sind daher notwendig. Mit Rücksicht auf die Rechtsprechung und im Interesse der Verkehrssicherheit empfiehlt es sich, die betreffende Vereinbarung zweifelsfrei zum Ausdruck zu bringen, zum mindesten aber den Ausdruck „Erfüllungsort" zu gebrauchen. Die Klausel „Erfüllungsort X" allein genügt aber nicht ganz, da nicht daraus hervorgeht, wer von den Kontrahenten in X zu erfüllen hat.[15])

Bei der Betrachtung des Wie der Vereinbarung eines Erfüllungsorts mit zweifelsfreiem Inhalt, also der Arten solcher Abrede, findet man drei Möglichkeiten. Einmal: Die Frage des Erfüllungsorts ist beiderseitig ausdrücklich geregelt; sie ist Gegenstand ausdrücklicher Erklärungen beider Parteien gewesen. Dann besteht keine Unklarheit über die Gültigkeit solcher Vereinbarung, es sei denn, daß der Vertrag, für den sie gelten soll, nichtig ist oder nichtig wird und damit die Erfüllungsortsabrede ohne weiteres auch in sich zusammenfällt. Wurde dagegen die Regelung eines besonderen Erfüllungsorts von den Parteien bei Abschluß des Rechtsgeschäfts nicht ausdrücklich erwähnt, haben also in diesem Punkte beide Teile geschwiegen, und ist daher eine ausdrückliche Vereinbarung nicht zustandegekommen, so muß der mutmaßliche Wille festgestellt werden, wenn man nicht zum gesetzlichen Erfüllungsort greifen will. Dieser durch Auslegung zu ermittelnde Vertragswille kann aus konkludenten Handlungen oder aus dem sonstigen Vertragsinhalt hergeleitet

[9]) R.O.H.G. Bd. 8 S. 284.

[10]) R.O.H.G. Bd. 10 S. 176.

[11]) R.O.H.G. Bd. 16 S. 16.

[12]) R.G. in Holdheims M.Schr. 1900 S. 285.

[13]) R.G. Bd. 14 S. 114.

[14]) R.G. in J.W. 1902 S. 609.

[15]) Vgl. Holdheims M.Schr. 1904 S. 78. — Nach der Aeußerung der Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft ist die einzig zutreffende Formel: „Erfüllungsort für die Lieferung X bezw. Erfüllungsort für die Zahlung X".

werden. Die Motive zum B.G.B. bemerken dazu: „Auch wo äußere Erklärungen keinen Anhalt für den Erfüllungsort bieten, wird sich eine Ergänzung nicht selten aus der Maßgeblichkeit von Treu und Glauben für die Ermittlung des Inhalts der Verpflichtung ergeben. Es ist demnach im Einzelfall auch außerhalb der Worte und konkludenten Handlungen nach dem mutmaßlichen d. h. den Umständen des Falles entsprechenden Willen zu forschen.“ [16]) Das R.G. [17]) läßt auf Grund objektiver Beurteilung des ganzen Vertragsverhältnisses seitens des Richters einen mutmaßlichen Willen der Parteien feststellen. Dann aber deckt sich der mutmaßliche unterstellte Parteiwille in Wirklichkeit mit der Natur des Schuldverhältnisses, welche in § 269 als einer der drei Bestimmungsgründe gilt. Denn ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Inhalt des auf objektiver Grundlage gemutmaßten Willens der Kontrahenten und der objektiven Beschaffenheit der vertraglichen Leistung ist nicht festzustellen.[18]) — Nun aber die letzte Möglichkeit: Ein Vertragsteil erwähnt den Erfüllungsort, welcher zu seinen Gunsten an seinen Wohnsitz geknüpft sein soll, und der andere Teil schweigt. Es handelt sich also um die Fälle, in denen sich das Verhalten beider Kontrahenten nicht entspricht, sondern widerspricht. Ob das auch für den Willen gilt und ob keine gültige Vereinbarung zustandekommt, das zu untersuchen ist die Aufgabe. Im Gegensatz zu den beiden andern Möglichkeiten handelt es sich hier nicht um eine gegenseitige Uebereinkunft über den Erfüllungsort, sondern um seine einseitige Einstellung seitens eines Teils in die Gesamtvereinbarung. Der Einfachheit halber wird im folgenden stets das Kaufgeschäft zur eventuellen Konkretesierung herangezogen, das Verhältnis von Verkäufer und Käufer, und zwar deshalb, weil in der Praxis des täglichen Lebens der Kauf der Hauptfall ist, bei welchem die nachstehenden Arten der Abänderung des gesetzlichen Erfüllungsorts eine Rolle spielen. Dabei darf aber nicht außer acht gelassen werden, daß die Regelung beim Kauf ganz entsprechend bei der Geschäftsbesorgung, beim Kommissions-, Fracht-, Speditions- und Lagergeschäft zur Anwendung kommt, wofern die Natur dieser Verträge die vorgesehenen Fälle nicht ausschließt. Der einseitige Bestimmungsversuch wird nicht im mündlichen Verkehr gemacht, sondern durch einseitige schriftliche Vermerke des einen Vertragsteils auf Urkunden, welche dem andern Teil vor oder nach Abschluß des Hauptgeschäfts zur

[16]) Amtliche Ausgabe Bd. II §§ 229, 230 S. 34. Dies sei ausdrücklich zu betonen, weil sonst die Gefahr nahe läge, daß häufig die mehr versteckte und in der äußeren Erklärung nicht hervorgetretene Willensmeinung unbeachtet bliebe und der nur subsidäre gesetzliche Erfüllungsort ungebührlich angewendet würde.

[17]) L.Z. 1911 S. 395—397.

[18]) Vgl. Eberhard zur Lehre vom Erfüllungsort S. 76.

Kenntnisnahme oder Unterschrift zugehen. Es ist allgemeine Uebung, daß die Geschäftswelt, wo es nur geht, in Fakturen, Kommissionskopien, Bestellscheinen, Bestätigungsschreiben, Prospekten, Preislisten usw. die Erfüllungsortsklausel anbringt. Ja man geht vielfach schon soweit, daß man in Klagformularen ohne weiteres den entsprechenden Erfüllungsort aufnimmt und daraufhin beim Gericht dieses dem Kläger günstigen Ortes Klage erhebt, ohne daß der Beklagte eine entsprechende Vereinbarung unterzeichnet, geschweige denn überhaupt davon Kenntnis erlangt hat.[19])

Was von diesen Vermerken im Verkehr zwischen Kaufleuten rechtliche Bedeutung für die Annahme einer gültigen Abänderung des gesetzlichen Erfüllungsorts hat, was nicht, ist Gegenstand der folgenden Erörterungen. Wir fassen den Handelsverkehr im engsten Sinn und behandeln nur die zweiseitigen Handelsgeschäfte, die Verhältnisse zwischen zwei Kaufleuten. Dabei kann naturgemäß die Gültigkeit der Vermerke über den Erfüllungsort nicht gesondert vom übrigen in den fraglichen Urkunden stehenden Vertragsinhalt betrachtet werden, da sie mit ihm stehen und fallen. Es besteht regelmäßig zwischen beiden eine Schicksalsgemeinschaft. Wo es daher nötig ist, wird die allgemeine Wirkung einseitiger Vertragsfestlegung unter stillschweigendem Einschluß des Erfüllungsorts behandelt. Dadurch soll jedoch diesem seine überragende Stellung in dieser Arbeit nicht genommen sein.

Da das Verhalten der Parteien bei der dritten Möglichkeit der Vereinbarung auseinandergeht,[20]) ist es notwendig, vor Eingehung auf die eigentlichen in Frage stehengen Fälle die rechtliche Bedeutung des Schweigens als Willenserklärung überhaupt festzustellen.

# Die rechtliche Natur des Schweigens.

## I. Die Willenserklärung durch Stillschweigen.

### § 2.

Das Schweigen als Willenserklärung gehört zur Kategorie der stillschweigenden Willenserklärungen. Es ist eine besondere

[19]) Vgl. die Ausführungen de lege ferenda zur Bekämpfung dieses Brauchs von Jakobi in Cruchot's Beitr. 1916 S. 962. Als taugliches Mittel wird von ihm in Anlehnung an die Schutzbestimmung der § 325 II A.D.H.G.B. und 270 III B.G.B., wonach durch die Uebersendungspflicht von Geld an den Wohnsitz des Gläubigers der Erfüllungsort nicht verändert wird, ein ähnlicher Zusatz zu § 29 C.P.O. empfohlen. Der besondere Gerichtsstand des § 29 soll nämlich dann nicht gelten, wenn der Erfüllungsort von den Parteien vereinbart ist.

[20]) Dort ausdrückliche Betonung, hier Stillschweigen.

Art dieser Willenserklärungen, welche im Gegensatz zu den ausdrücklichen stehen. Diesen Gegensatz darzulegen ist nicht unsere Aufgabe. Nur soviel ist kurz festzustellen, daß auch bei der stillschweigenden Willenserklärung im eigentlichen gewöhnlichen Sinn der Erklärende auf irgendeine Weise in Tätigkeit tritt, durch Gebrauch von Worten, Schriftzeichen oder Handlungen. Immer tritt ein seelischer Ausdruck in lebendige Erscheinung. Nur können diese Erklärungszeichen ohne jede Rücksicht auf die Umstände oder doch trotz der Umstände nicht offenbar nur die in Frage stehende Bedeutung haben.[21]) Sonst wären es ausdrückliche Willenserklärungen. Stillschweigende sind sie nur dann, wenn der Sinn dieser äußeren Lebenserscheinungen wegen ihrer Mehrdeutigkeit erst aus den Umständen ermittelt werden muß. Jedenfalls hat man ein positives Verhalten als Grundlage, das entweder in einer Handlung oder in einer ausdrücklichen Willenserklärung bestehen kann, in welcher gedanklich die stillschweigende enthalten ist. Im letzten Fall ist sie dann durch ergänzende Auslegung der gegebenen tatsächlich geäußerten Erklärung an Hand der besonderen Umstände des Falles zu erforschen. Auch dieses Auftreten einer stillschweigenden Willenserklärung werden wir später praktisch finden. Beim Stillschweigen als solchem, bei reiner Unterlassung enthält sich der Erklärende jeder nach außen in Erscheinung tretenden Tätigkeit, jedes aktiven Verhaltens. Die Anhaltspunkte für die Annahme einer Willensäußerung liegen hier nicht auf Seiten des Erklärenden, sondern sind ganz den Umständen des Einzelfalles zu entnehmen, so daß diese allein für die Betrachtung heranzuziehen sind. Für die stillschweigende Willenserklärung und damit auch für die durch Stillschweigen gelten dieselben Rechtssätze wie für die ausdrückliche. Soll das Schweigen eine Willenserklärung sein, so müssen auch die Voraussetzungen für die Existenz einer Erklärung zutreffen. Es ist nicht richtig, ganz allgemein wie Staub[22]) zu sagen: „Schweigen gilt (als Unterlassung i. S. von § 346 H.G.B. und) überhaupt als Willenserklärung". Ob es eine Willenserklärung ist, hängt immer vom Einzelfall ab.

Den äußeren Tatbestand haben wir schon berührt. Das rein passive Verhalten muß den Schluß auf einen bestimmten Geschäftswillen zulassen und dazu bestimmt erscheinen, einen derartigen Geschäftswillen andern kundzugeben.[23]) Es müssen also besondere Umstände vorliegen, die jemand zum Reden Veranlassung geben. Und diese Umstände müssen so gelagert sein, daß nach allgemeiner Verkehrsanschauung anzunehmen ist, der

---

[21]) Vgl. Lehmann Allgem. Teil des B.G.B. 3. Aufl. 1928 § 30 II S. 182.

[22]) Bd. III § 346 Anm. 15.

[23]) Staudinger, Kommentar zum B.G.B. Bd. I Bem. II § 116.

Schweigende würde sich positiv geäußert haben, wenn er den fraglichen Geschäftswillen nicht gehabt hätte.

Zum inneren Tatbestand gehören drei Tatsachen: Einmal der „Handlungswille".[24]) Er geht gerade auf die Beobachtung des äußeren Verhaltens, die Untätigkeit. Er ist jedenfalls notwendig. Das Schweigen muß die Aeußerung einer bewußten Ueberlegung sein. Der Schweigende muß in der Lage sein zu reden.[25]) Ferner ist erforderlich ein Erklärungswille oder besser — bewußtsein d. h. das Bewußtsein durch das Schweigen den Eindruck eines irgendwie gearteten Wollens beim andern zu erwecken. Mit der Aufstellung dieses Erfordernisses haben wir uns schon auf die Seite derer gestellt, welche im Kampf der Meinungen den subjektivistischen Standpunkt bei der Konstruktion der Willenserklärung einnehmen. Sie verlangen den Willen, ein auf eine Rechtsfolge gerichtetes Wollen kund zu tun oder zu erklären.[26]) Eine andere Meinung fordert nur das Bewußtsein, daß aus der Erklärung auf einen Geschäftswillen geschlossen werden könne.[27]) Dem steht die objektivistische Auffassung[28]) entgegen, wonach sich die Erklärung objektiv als auf die Rechtsfolgen gerichtet darstellen muß. Sie soll ein solches Verhalten sein, das nach der Erfahrung des Verkehrs unter Würdigung aller Umstände regelmäßig den Schluß auf einen bestimmten Willen gestattet. Das schlüssige Stillschweigen wäre demnach für sich schon eine Erklärung, während nach der subjektiven Ansicht das Stillschweigen nur dort eine Willenserklärung sein kann, wo der Kundgebungszweck, der Erklärungswille vorlag[29]) oder, wo sich der Schweigende bewußt war, daß sein Schweigen als Zustimmung oder Ablehnung aufgefaßt werden konnte.[30]) Diese konsequente Anwendung des Erklärungsbegriffs auf die Erklärung durch Stillschweigen wird jedoch von manchen,[31]) welche das Erklärungsbewußtsein sonst fordern, nicht befolgt. Vielmehr lassen sie beim Stillschweigen den äußeren Tatbestand den Schein einer Willenserklärung genügen. Das aber nur aus Gründen

[24]) „Handlung" im weiteren positiven und negativen Sinn umfassend das eigentliche Handeln, das aktive Tätigsein und die reine Unterlassung.

[25]) So mit Recht Lehmann a. a. O. S. 184.

[26]) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 178 ff und Eltzbacher Handlungsfähigkeit S. 140, 145.

[27]) Enneccerus, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. I § 136 II A 3, Oertmann, Kommentar Bd. I S. 231, Siegel, Arch. f. ziv. Prax. 111 S. 15, Lehmann a. a. O. S. 131, Staudinger I Bem. II vor § 116.

[28]) Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. I S. 208 3. Aufl., anders jedoch 4. Aufl. S. 263, Wedemeyer a. a. O. S. 122.

[29]) So Manigk a. a. O. S. 289, vgl. auch Ehrlich, die stillschweigende Willenserklärung S. 55.

[30]) Enneccerus a. a. O. S. 144 II d; R.G.R.K. I Bem. 2 vor § 116.

[31]) Brodmann in Ehrenb. Handbuch IV 2 S. 102.

der Billigkeit, wenn Treu und Glauben im Verein mit der Verkehrssitte eine Rücksichtnahme auf den Erklärungsgegner und dessen Interessen erfordern, vor allem im Handelsverkehr. In der Befürwortung dieser Regelwidrigkeit stimmen sie mit der Rechtsprechung überein, welche auf den inneren Tatbestand des Stillschweigens in der Regel nicht eingeht und, wo sie es tut, seine Notwendigkeit leugnet. So hat das R.G. für das Geltungsgebiet des § 346 H.G.B. sich dafür entschieden, daß das Schweigen selbst dann die Bedeutung einer zustimmenden Willenserklärung haben könne, wenn ein entsprechender Geschäftswille fehle.[32]) Mit der Ueberflüssigkeit des Geschäftswillens ist über das Erklärungsbewußtsein an sich allerdings noch nichts gesagt. Aber das Schweigen des R.G. ist schlüssig genug dafür, daß es sich schlechthin über die subjektiven Voraussetzungen der Willenserklärung hinwegsetzt.[33]) Folgt man, wie hier, der Richtung eines konsequenten Subjektivismus, so wird man bei der Prüfung der Bedeutung des Stillschweigens in den von uns zu behandelnden Fällen zu einer anderen rechtlichen, mehr folgerichtigen Würdigung, als der des R.G. und doch zum gleichen interessewahrenden Ergebnis gelangen.

Dazu kommt als dritter subjektiver Bestandteil der Geschäftswille. Er ist der auf Herbeiführung eines bestimmten Erfolges gerichtete Wille, welcher der Willenserklärung ihren eigentlichen Inhalt, dem Schweigen eine positive oder negative Färbung gibt. Er setzt zu dem Ob das Was der Erklärung. Hat man den äußeren Tatbestand und das Erklärungsbewußtsein festgestellt, dann hat man die Grundlagen für das Vorliegen einer Erklärung. Denn das Bewußtsein, eine Erklärung abzugeben, gründet sich auf einen Geschäftswillen, setzt einen solchen voraus, während umgekehrt nicht dasselbe zutrifft. Wie der Geschäftswille geartet ist, ob er Zustimmung oder Ablehnung bedeutet, das ist eine andere Frage, welche erst in zweiter Linie kommt. Entweder wird er so verwertet, wie er wirklich ist, oder wird er unter dem Einfluß „sozialer Normen", wie Verkehrssitte oder Usance, auch von Treu und Glauben so durch ergänzende Interpretation gestaltet, daß er den billigen Rechts-

---

[32]) R.G. 54 S. 176; hier handelt es sich um das Schweigen des Empfängers eines Bestätigungsschreibens, durch welches dieses als angenommen gilt. Das R.G. sagt: Das Zustandekommen der fraglichen Vereinbarung darf selbst für den Fall angenommen werden, daß der Beklagte wegen mangelnder Kenntnis von dem Inhalt dieses Schreibens nicht einen diesem Inhalt entsprechenden Vertragswillen gehabt haben sollte. Vgl. auch R.G. 95 S. 242.

[33]) Deutlich geht dieser Standpunkt aus R.G. 103 S. 405 hervor, wonach selbst die Unkenntnis über den Eingang des Bestätigungsschreibens, dessen Kenntnis Voraussetzung für das Erklärungsbewußtsein ist, also nicht bloß über seinen Inhalt der Annahme einer Zustimmungserklärung des Empfängers nicht entgegensteht.

erfolg auslöst. Existenz und Inhalt einer Willenserklärung sind eben verschiedene Dinge, deren Beachtung später wesentlich ist.

Verlangt man diese Voraussetzungen für das Vorliegen einer Willenserklärung, so wird das gleiche Verhalten, sei es positiv oder negativ, unter gleichen Umständen je nach der subjektiven Seite im Einzelfall ganz verschieden zu bewerten sein. Um derartigen Unsicherheiten abzuhelfen, besonders in Fällen, in denen ein einheitlicher Standpunkt ein für alle mal bei gleicher Lagerung notwendig erscheint, läßt das Gesetz das Verhalten schlechthin als Willenserklärung des bestimmten Inhalts gelten. Man spricht dann von gesetzlichen, unwiderleglichen Vermutungen oder Fiktionen, je nachdem in der überwiegenden Zahl der Fälle eine Erklärung wirklich vorhanden ist oder nicht.[34]) Eine Erklärung liegt in Wahrheit aber nur dann vor, wenn das Erklärungsbewußtsein vorhanden war. Ist dies nicht der Fall, so tritt gleichwohl derselbe Erfolg ein. Der Richter wird durch die Fiktion, die Unterstellung angewiesen, einen bestimmten Tatbestand[35]) so zu beurteilen, wie wenn ein anderer Tatbestand vorläge. Festzuhalten ist dabei, daß nur durch Rechtssätze Willenserklärungen fingiert werden können, d. h. also durch ausdrückliche Gesetzvorschrift oder durch Gewohnheitsrecht.[36])

## II. Offerte und Stillschweigen.

Da es sich um Vereinbarungen des Erfüllungsorts handelt, empfiehlt es sich, die Tatbestandstücke eines Vertrages in der besonderen Richtung kurz zu betrachten, welche für das Folgende von Belang ist. Zu einer Vereinbarung sind Willenserklärungen von beiden Seiten erforderlich, welche inhaltlich im Einklang miteinander stehen müssen. Gerade das, was der eine vorgeschlagen hat und nur das muß der andere annehmen, um eine Einigung zu erzielen. Daher Antrag und Annahme. Wie der Antrag sprachlich gefaßt ist, darauf kommt es nicht an. Nur muß die Offerte die Vertragserklärung des Offerenten enthalten. Sie ist streng zu unterscheiden von der bloßen Mitteilung, daß man bereit sei und geneigt, Verträge gewisser Art abzuschließen. Es erhebt sich also immer die Frage: wann liegt eine Offerte nach kaufmännischer Anschauung, wann ein unverbindlicher Vorschlag vor? Klar ist die Rechtslage, wenn ein Schreiben versandt wird, in dem neben dem Angebot die Klausel steht, man sehe einer „gefälligen Entschließung“ entgegen. Hier liegt keine verbindliche Offerte vor, welche durch einfache Akzeptation seitens des Empfängers zur Grundlage eines entsprechenden Vertrages

[34]) Enneccerus I § 144 III 2 Anm. 10; Wendt, Arch. f. ziv. Prax. 92 S. 253.

[35]) In concreto den objektiven der reinen Unterlassung.

[36]) Vgl. Bernhöft, in Festschrift für E. J. Bekker 1907.

wird. Eine solche Anfrage ist nur ein Vorschlag mit der Aufforderung zu rechtsgeschäftlicher Stellungnahme. Ein Vertrag kann hier nur zustandekommen, wenn ein besonderer Abschluß nachfolgt. Ueberaus häufig ist es im Geschäftsleben, daß ein Kaufmann zur Hebung des Absatzes seine Waren gleichzeitig an verschiedenen Orten anpreist. In solchen Schreiben werden in der Regel sämtliche Verkaufsbedingungen, auch die Klausel des Erfüllungsorts angegeben, damit die Kauflustigen sofort über die Verkaufsmodalitäten im klaren sind, was die raschere Erledigung eines Abschlusses wesentlich begünstigt. Es liegt aber nicht in der Absicht und dem wohlverstandenen Interesse des Geschäftsmannes, wenn jeder, der eine solche Aufforderung erhält, durch einfache Annahme ein Recht auf Lieferung der betreffenden Ware erwerben würde. Diese kann ja mittlerweile verkauft sein. Der Kaufmann kann sich während des Laufens seiner Ausbietungsschreiben nicht geschäftlich abschließen und auf etwaige dadurch erzielte Erfolge warten. Er muß jede Chance nützen, wo sie sich bietet. Diesem Gedanken trug auch das alte H.G.B. in seinem Art. 337 Rechnung, welcher die Auslegungsvorschrift enthält, daß ein Anerbieten zum Kauf, das erkennbar mehreren Personen gegenüber erfolgt oder bei dem die Ware, der Preis und die Menge nicht bestimmt bezeichnet ist, kein verbindlicher Antrag zum Kauf sei. Diese Bestimmung ist ins neue H.G.B. und B.G.B. nicht übernommen worden. Wohl wird dieser Grundsatz für die Mehrzahl der Fälle zutreffen, insbesondere für Mitteilungen an mehrere Personen in Preislisten, Mustern, Proben, Lagerverzeichnissen, wie sie Art. 337 aufzählte. Aber es ist nicht gesagt, daß bei Unbestimmtheit von Ware und Preis keine bindende Offerte beabsichtigt sei. Denn die Bestimmung kann ja dem Gegner überlassen sein. Heute entscheidet der Einzelfall. Eine Offerte muß eben immer so gefaßt sein, daß die Annahme eines bloßen Ausbietens nicht in Frage kommen kann. Es muß aus ihr hervorgehen, daß der Offerent bis zum Eintreffen der Annahme oder Ablehnung an sein Angebot gebunden sein will.

Die Annahme kann ausdrücklich durch übereinstimmende Gegenerklärung erfolgen oder stillschweigend durch schlüssige Handlung nach § 151 B.G.B. Für unsere Betrachtung scheiden diese Möglichkeiten aus. Zu behandeln ist nur der Fall des vollkommenen Schweigens, der reinen Passivität des Antraggegners. Und das nur beim Verkehr unter Abwesenden auf Erhalt eines schriftlichen Angebotes hin. Denn unter Anwesenden wird es nicht beim bloßen Stillschweigen des einen Teils auf die Unterbreitung der Offerte hin bleiben. Meist wird durch schlüssiges Verhalten ein entsprechender Wille zum Ausdruck gebracht. Das ist dann aber keine Untätigkeit wie beim Schweigen

auf das Schreiben eines abwesenden Offerenten. Den rechtlichen Charakter des Schweigens haben wir im vorhergehenden Paragraphen kennengelernt. Hier soll es untersucht werden in Beziehung zur Offerte im allgemeinen. Meist wird nun die Meinung vertreten,[37]) daß das Schweigen des Antragsempfängers als Ablehnung der Offerte *gelte*. Richtig ist soviel, daß es nicht heißt: Schweigen *ist* Ablehnung der Offerte. Denn wie oben gesehen, ist es immer eine Frage des konkreten Falles, ob der subjektive Tatbestand der Willenserklärung durch Stillschweigen erfüllt ist, ganz abgesehen davon, daß der objektive Tatbestand einer solchen Willenserklärung, also die Schlüssigkeit des Verhaltens, mangels besonderer Lagerung der Umstände bei der gewöhnlichen Offerte überhaupt fehlt. Aber auch die Annahme, daß Schweigen als Ablehnung gelte, hält näherer Prüfung nicht stand. Wie beide Endemann[38]) entgegen der überwiegenden Meinung mit Recht ausführen,[39]) läßt das Schweigen auf den Antrag generell weder auf eine Annahme noch auf eine Ablehnung schließen. Es hieße eine Willenserklärung fingieren und eine solche Fiktion in die Bestimmung des § 147 B.G.B. hineintragen, welche besagt: Der Antrag erlischt, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt oder wenn er nicht rechtzeitig angenommen wird. § 146 betrifft nur die ausdrückliche Ablehnungserklärung. Die nicht rechtzeitige Annahme hat wohl praktisch dieselbe Wirkung wie die ausdrückliche Ablehnung: Der Antrag erlischt, ein Vertrag kommt nicht zustande. Aber der Grund dafür ist bei beiden Alternativen verschieden. Im einen Fall ist es die Ablehnung, im andern Fall der Ablauf der Angebotsfrist, innerhalb welcher der Offerent an seinen Antrag gebunden ist. Auf die nichtrechtzeitige Annahme erfolgt tatsächlich dasselbe wie auf die Ablehnung; aber das Schweigen ist nicht die rechtliche causa dafür. Es gilt nicht als Ablehnung. Hätte der Gesetzgeber eine solche Fiktion gewollt, so hätte er das im Wortlaut des Gesetzes deutlicher zum Ausdruck bringen müssen. Die Stellung eines Antrags verpflichtet den Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff. B.G.B. nicht zur Antwort. Das Schweigen ist eben, rein äußerlich betrachtet, ein nihil und als solches auszulegen. Bei dieser Feststellung liegt das Wesentliche darin, daß allgemein das Schweigen auf die Offerte nicht als eine Erklärung irgendwelchen Inhalts fin-

[37]) Staub, III Anh. zu § 372 Anm. 38; Koenige zu § 346 S. 616; Staudinger, I § 146 Anm. Richtig drückt sich Oertmann zu § 146 aus, wenn er sagt, der Antrag erlösche durch Ablehnung ausdrücklicher Natur und durch Ausbleiben rechtzeitiger Annahme. Allein es ist nicht klar genug bei ihm, auf was es hier ankommt.

[38]) Handbuch des Handelsrechts S. 448 und Lehrbuch des bürgerlichen Rechts S. 267.

[39]) Soweit Verfasser sieht, ist diese Meinung alleinstehend.

giert wird. Eine positiv rechtliche Norm, durch welche allein eine solche Fiktion geschaffen werden könnte, ist nicht vorhanden. Damit ist aber auch der Weg abgeschnitten, ohne eine solche Rechtsnorm bei besonderer Fallagerung infolge besonderer Umstände einer etwaigen fingierten Erklärung eine positive Färbung zu geben und sie als Annahme zu behandeln. Wir werden sehen, wie wichtig das unten beim Bestätigungsschreiben und dessen Annahme durch Stillschweigen werden wird. Hier genügt dieser allgemeine Hinweis auf die Bedeutung des Schweigens.

# B. Besonderer Teil.

## I. Der Vermerk in der Faktura.

### Begriff und Arten der Faktura.

### § 3.

Die Faktura, Rechnung oder Nota ist ihrem Wesen nach eine kaufmännische Korrespondenz, welche sich aber von anderen Korrespondenzen durch den Anlaß ihrer Versendung und den unerläßlichen charakteristischen Inhalt unterscheidet. Jener ist gesetzt durch die Lieferung von Waren. Dieser besteht in der Angabe von Menge und Preis derselben.[40]) Sie ist ein Begleitschreiben, welches vom Verkäufer den gelieferten Waren beigelegt wird. Wesentlich ist die erfolgte Beilegung aber nicht. Sie kann auch schon vor der Lieferung oder nach derselben dem Käufer zugehen. Sie ist ein Lieferungspapier, welches die Waren als Gegenstand eines auf Lieferung gerichteten Rechtsgeschäfts zwischen Aussteller und Nehmer der Urkunde bezeichnet.[41]) Diese einfachste Form hat die Faktura nur im Kleinhandel. Im Groß- und Distanzhandel werden außerdem noch in kurzer Zusammenfassung die sonstigen Vertragsbestimmungen in die Faktura aufgenommen. Diese sind meist als die üblichen Verkaufsbedingungen des betreffenden Kaufmanns am Kopf oder Ende der Rechnung angebracht, und zwar zu dem Zwecke ihrer Verbindlichmachung für den Vertragsgegner zugunsten des Verkäufers. In der Hauptsache handelt es sich um Klauseln über Zahlungszeit und Modalitäten der Zahlung selbst, Einschränkung und Erweiterung der Reklamationsbefugnisse, Leistung oder Ausschluß von Garantien, ferner um Vermerke über die Emballage. An der Spitze all dieser Bestimmungen steht aber die Klausel des Erfüllungsorts. Sie fehlt fast auf keiner Faktura, auch auf denen nicht, die sich auf den der Nota wesentlichen Inhalt beschränken.

[40]) Ehrlich a. a. O. S. 277 ff.

[41]) Goldschmidt, Handbuch des H.R. II S. 787; Endemann, Handbuch des H.R. § 170 III a. S. 43.

Ihre Aufführung ist allgemeine Uebung. Soweit sich der rechtsgeschäftliche Inhalt der Faktura mit dem des abgeschlossenen Vertrages deckt, ist gegen die Aufnahme nichts einzuwenden. Anders bei Widerspruch. Inhalt des Vertrags ist alles ausdrücklich Vereinbarte, aber außerdem auch beim Mangel ausdrücklicher Betonung des Inhalts die ergänzend eingreifenden gesetzlichen Auslegungsvorschriften. War also, wie üblich, beim Vertragsschluß vom Erfüllungsort nicht die Rede, so gilt der gesetzliche des § 269 als vereinbart. Abweichungen in den Fakturavermerken stellen sich daher als Anträge auf Abänderung des Vertragsinhalts dar.

So ist es bei der, wie ich sie nennen möchte, Vertragsfaktur. Die Terminologie ist gleich gewählt, wie beim Bestätigungsschreiben. Man versteht unter der Vertragsfaktur die Rechnung, welche nach Abschluß eines Kaufvertrags im Stadium der Erfüllung desselben dem Käufer zugeht. Der Grund ihrer Versendung ist ein bereits rechtsgültig abgeschlossener Kaufvertrag. Sie dient seiner Erledigung, seiner Abwicklung, seiner Erfüllung. Sie hilft also zum Erlöschen des bestehenden Vertrags mit. Das ist die häufigste Art der Faktur, man kann sagen, die der Regel. — Nun gibt es noch eine andere Kategorie von Rechnungen, welche im Dienst der Schaffung eines nicht vorhandenen Kaufvertrags stehen, die nicht zur Abwicklung, sondern erst zur Entwicklung einer Vertragsbeziehung beitragen. Ich nenne sie Angebotsfaktur. Sie enthält einen Antrag auf Abschluß eines Vertrags, nicht auf Abänderung eines solchen, da er noch gar nicht existent geworden ist. Der Zugang einer Angebotsfaktur wird dann praktisch, wenn ein Kaufmann einem andern unbestellte Waren übersendet und eine Rechnung beilegt. Dieser Versuch, seine Waren an den Mann zu bringen, ist angesichts der heutigen Absatzkrise nicht selten, die Angebotsfaktur also nicht ein theoretisches Gebilde, sondern dem faktischen Geschäftsgebaren entnommen. Sie ist Generalofferte und soll als Grundlage für den erst zu schließenden Vertrag gelten. — Eine Faktur mit dem rechtlichen Inhalt einer Vertragsannahme gibt es wohl nicht. An sie zu denken, wäre im Falle des § 151 B.G.B., wenn auf die Warenbestellung hin keine ausdrückliche Annahme, sondern sofortige Zusendung des Vertragsgegenstandes unter Beifügung einer Rechnung erfolgt. Es handelt sich aber dabei um eine gewöhnliche Vertragsfaktur, wie später noch darzulegen ist.

## Die rechtliche Wirkung des Vermerks.

### § 4.

Obwohl heute Literatur und Rechtsprechung im allgemeinen in der rechtlichen Beurteilung der Fakturenvermerke bezüglich

des Erfüllungsorts und sonstiger Vertragsnebenpunkte einig sind, geht die kaufmännische Praxis auf alten Wegen weiter in dem Glauben, die beabsichtigten Wirkungen mit den Vermerken erreichen zu können. Die Kaufmannschaft befindet sich aber dabei in einem erheblichen Irrtum. Andererseits weist die Zähigkeit, mit der sie an der alteingesessenen Fakturenpraxis festhält, darauf hin, daß die Rechtsanschauungen in dieser Richtung zu früheren Zeiten andere gewesen sein müssen. Die noch heute so überaus stark ausgeprägte Uebung wäre sonst unverständlich. In der Tat erfuhr die Faktura bis in die 70er Jahre des vorigen Jahrhunderts eine andere rechtliche Würdigung. Es galt der Satz: Der Inhalt der Faktura, welche verkaufte Waren begleitet, gilt als genehmigt, wofern sich der Empfänger der Warensendung nicht rechtzeitig gegen denselben verwahrt. Wie Ehrlich[42]) betont, ist dieser Grundsatz französisch-österreichisches[43]) Gedankengut, welches in Deutschland besonders der französischen Rechtsprechung[44]) entnommen wurde, zuerst von den Gerichten im französischen Rechtsbezirk. Grundlage war der Art. 109 des code de commerce, wonach Käufe par une facture acceptée bewiesen werden. Gewohnheitsrechtlich galt aber die nicht gerügte Rechnung als angenommen. Als Beispiel dieser übernommenen Praxis diene eine Entscheidung des rhein. Appellationsgerichtshofs in Köln vom Jahr 1857,[45]) wo es heißt, daß ein mündlich vereinbarter Zahlungsort durch stillschweigende Annahme der Faktur, die einen andern benenne, entsprechend abgeändert werde. Aehnlich lautet eine Entscheidung des Handelsgerichts Hamburg vom Jahre 1876.[46]) Für die Angebotsfaktur galt derselbe Grundsatz. Beispielsweise hat das Oberste Appellations-Gericht Dresden[47]) als Repräsentant der sächsischen Rechtsprechung bis 1875 entschieden, daß die Zusendung unbestellter Waren mit Verkaufsrechnung auf seiten des Empfängers die Pflicht zur Dispositionsstellung in angemessener Zeit begründe, da sonst Schweigen als Annahme gelte.

Das R.O.H.G. hat mit dieser Anschauung restlos aufgeräumt. Zunächst allerdings zögernd durch Einnahme eines vermittelnden Standpunktes. Es sollte das Schweigen des Empfängers den Inhalt des Aufdrucks nur dann zur Vertragsbedingung machen, wenn früher über die darin enthaltenen Punkte keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen worden war. Das

[42]) A. a. O. S. 280.

[43]) Hanausek, Fakturen und Fakturenklauseln nach österr. Recht 1891.

[44]) Ehrlich a. a. O. S. 280 Anm. 6.

[45]) Goldschmidts Zeitschrift 1 S. 302.

[46]) Goldschmidts Zeitschrift 23 S. 538.

[47]) Goldschmidts Zeitschrift 23 S. 527/28 Seuff. Arch. 13 Nr. 218 und 14 Nr. 264.

Stillschweigen galt aber dann nicht als Zustimmung, wenn hinsichtlich der berührten Fragen etwas anderes verabredet war.[48]) Später jedoch[49]) hat es uneingeschränkt die Unbeachtlichkeit der Fakturenvermerke ausgesprochen und damit die Grundlage zu einer einheitlichen Judikatur gegeben, welche das R.G.[50]) übernommen und ausnahmslos behalten hat.[51]) Auch die Rechtslehre hat sich diesem Standpunkt im Großen und Ganzen angeschlossen.[52]) Nur Gareis[53]) hat sich dagegen gewandt mit der Begründung, es sei nicht richtig, daß dem einseitigen Tun des Absenders die erforderliche Willensübereinstimmung des andern Teils fehle. Denn aus dem einseitigen Tun werde ein zweiseitiges, wenn der Empfänger der Faktur sich die einseitigen Aeußerungen gefallen lasse, da ihm ja die Rüge zu Gebote stehe. Die Rügepflicht der §§ 377, 378 H.G.B. sei von der Ware auf die Faktur analog. zu übertragen mit der Maßgabe, daß die Unterlassung der Prüfung und Beanstandung der Faktur die Genehmigung ihres Inhalts zur Folge habe. Diese Ansicht steht einzig da und wird von niemand geteilt wegen der Singularität der §§ 377, 378, welche als Ausnahmebestimmungen nicht übertragbar sind.[54]) Auch Cosack[55]) hat früher die Ansicht des R.G. nicht geteilt. Noch in der 6. Auflage überläßt er die Annahme des Fakturen inhalts durch Stillschweigen der Würdigung des Einzelfalls und bejaht sie, wenn nicht besprochene Fragen in üblicher Weise geregelt werden, oder bei Nebenpunkten, unter die auch der Erfüllungsort zu rechnen ist. Diese Meinung wird aber in späteren Auflagen nicht mehr erwähnt.

Der Grund für die rechtliche Unerheblichkeit des Fakturenvermerks wird allgemein darin gesehen, daß der Vertrag endgültig mit dem ausdrücklich festgelegten oder wie beim Erfüllungsort mit dem durch das Gesetz subsidiär vorgesehenen gesetzlichen Inhalt zum Abschluß gebracht ist. Die Vertragsfaktur dient nicht der Begründung oder nachträglichen Fixierung der Obligation, sie wird im Erfüllungsstadium erteilt und vermag

[48]) R.O.H.G. 1 S. 128; Bd. 5 S. 35.

[49]) R.O.H.G. 18 S. 242 = Seuff. Arch. 32 S. 98 und 22 S. 144.

[50]) R.G. 5 S. 394; 52 S. 133; 65 S. 330.

[51]) So R.G. 52 S. 135. Die Entschiedenheit dieser Auffassung kommt in den Sätzen zum Ausdruck: Die einseitige Aeußerung auf der Faktur nach erfolgter Bestellung und nach Abschluß des Vertrags als solche ist unerheblich. Die Annahme einer nachträglichen Genehmigung durch Stillschweigen auf Grund derartiger einseitiger Vermerke des Verkäufers, ist nach feststehender Praxis irrtümlich.

[52]) Dernburg II 1 § 53 Anm. 1; Oertmann II § 269 I; Staub III Anh. zu § 372 Anm. 38; Dür. Hachenbg. II Anh. zu §§ 358, 359 S. 392.

[53]) Das Stellen zur Disposition S. 45.

[54]) Vgl. für alle Hanausek a. a. O. S. 33.

[55]) A. a. O. S. 112, 1903.

daher keine kausalgeschäftlichen Wirkungen auszulösen. Das Maß der Pflichten des Käufers bestimmt sich nach dem Vertrag, wie er geschlossen ist. Durch Stillschweigen begibt er sich nicht wohlerworbener Rechte.[56]) Der besondere Erfüllungsort hätte eben vorher durch Aussprache oder im Korrespondenzweg zur Erörterung und Klarstellung gebracht werden müssen. Der Fall liegt anders als beim Bestätigungsschreiben, in dem der Bestätigende den Vertrag so darlegt, wie er ihn bei der Vorbesprechung aufgefaßt hat. Bei der Faktur entspricht der Kaufvertrag schon der übereinstimmenden Anschauung und dem Willen der Parteien; der Verkäufer erwartet keine Antwort wie der Bestätigende. Er hat vorerst gar kein Interesse daran, sofort zu erfahren, ob der Empfänger den Vermerk genehmigt oder nicht. Denn die Gültigkeit des der Faktur zugrundeliegenden Kaufvertrags, die Wirksamkeit der Leistung hängt gar nicht davon ab. Die Erfüllungsortsklausel tritt im Augenblick zurück, er denkt gar nicht daran, da andere Interessen im Vordergrund stehen. Und das hängt damit zusammen, daß die Faktura ihrem Begriff nach gar nicht der richtige Ort für derartige Vermerke ist. Sie hat Menge und Preis der Ware anzugeben und sonst nichts. Vertragspunkte, die nichts in Rechnungen zu suchen haben, sind nicht in geschäftlicher Form bekanntgemacht und erheischen keine Beachtung.[57]) Zudem wäre eine Antwortpflicht eine der kaufmännischen Loyalität durchaus zuwiderlaufende Belästigung und infolge der einseitigen Bevorzugung des Verkäufers auf Kosten des Käufers eine ungerechte Behandlung desselben. Selbst wenn man im Einzelfall auf einen billigenden Willen des Empfängers stoßen würde, so wäre doch nicht in dem Schweigen eine Willenserklärung zu erblicken, da der objektive Tatbestand einer Erklärung, die Schlüssigkeit des Schweigens, nicht gegeben ist. Trotz der allgemeinen Uebung der Fakturenvermerke hat sich ein entsprechender zu berücksichtigender Handelsbrauch nicht herausbilden können, da diese kaufmännische Unsitte den Stempel des Mißbrauchs trägt, der mit Treu und Glauben, in dessen Rahmen sich aber eine Usance zu bewegen hat, nicht vereinbar ist.[58]) Der Bildung eines dem französischen entsprechenden Gewohnheitsrechts war damit gleichfalls die Existenzmöglichkeit genommen. Fehl geht die Rechtfertigung der herrschenden Meinung damit, daß viele Kaufleute die Fakturenvermerke deshalb ignorieren, weil ihnen die fakturenfeindliche Praxis der Gerichte bekannt sei.[59]) Denn es geht nicht an, eine notwendige

[56]) Vgl. O.L.G. Hamburg Hans. G.Z. 1904 Hptbl. 20. Dieses wohlerworbene Recht wird gerade darin erblickt, den Vertrag so geltendmachen zu können, wie er tatsächlich geschlossen worden ist.

[57]) R.G. in J.W. 1922 S. 1717.

[58]) Staub I allgem. Einl. Anm. 32; R.G. Seuff. Arch. 74 S. 334.

[59]) So Dür.-Hachenbg. S. 392.

Folgeerscheinung dieser Rechtsprechung zu ihrer Begründung heranzuziehen. Man bewegt sich sonst im Kreise und verwechselt die Wirkung mit der Ursache.

Wie ausnahmslos fest die Ansicht des R.G. ist, geht daraus hervor, daß die so gerne angeführten „besonderen Umstände" als Grundlage für eine Treu- und Glaubensinterpretation des Schweigens nicht durchschlagen. Das Hauptbeispiel ist die fortlaufende Geschäftsverbindung zwischen zwei Kaufleuten, im Verlauf derer längere Zeit hindurch Fakturen mit den gleichen Vermerken über den Erfüllungsort übersandt und vorbehaltlos angenommen werden. Bei dieser Frage handelt es sich nicht darum, daß die einzelnen Fakturen nachträglich nach Abschluß des Einzelgeschäfts durch Stillschweigen angenommen werden. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb bei Wiederholung des gleichen Vorgangs dessen rechtliche Würdigung eine andere werden soll.[60]) Der gefundene Grundsatz gilt auch bei der Geschäftsverbindung. Vielmehr ist zu prüfen, ob bei den jeweils folgenden neuen Abschlüssen sich der Käufer stillschweigend den aus früheren Fakturen bekannten Verkaufsbedingungen unterwirft. In dem schlüssigen Verhalten beim Neuabschluß wäre dann die stillschweigende Annahmeerklärung für die Vereinbarung eines Erfüllungsorts zu erblicken. Aus dem einseitigen, den Vertrag nicht abändernden Vermerk wird eine bei der Vertragsgründung vom beiderseitigen Willen getragene Fixierung des besonderen Erfüllungsorts. Das R.G. verwahrt sich energisch gegen die Annahme einer solchen Vereinbarungsweise.[61]) Auch die Rechtsprechung der O.L.G. bewegt sich in der Hauptsache in derselben Bahn.[62]) Eine Ausnahme machen allerdings verschiedene Entscheidungen.[63]) Eine Stütze finden sie in der Literatur bei Dernburg[64]) und Enneccerus,[65]) deren Meinung aber nur ein Ergebnis ohne nähere Begründung ist. In der Tat läßt sich auch keine besondere Begründung für eine allgemein gültige

[60]) J.W. 1903 S. 15.

[61]) So R.G. 52 S. 135; 59 S. 351; R.G. in Holdheims M.Schr. 12 S. 165. Der Kunde habe nicht die Verpflichtung, bei neuen Geschäftsabschlüssen den Erfüllungsort zur Sprache zu bringen, und es werde durch sein Schweigen nicht ein vom gesetzlichen abweichender Bestandteil der Vertragsgrundlage. Dieser Punkt hätte eben vorher durch Aussprache oder im Korrespondenzweg zur Erörterung und Klarstellung gebracht werden müssen.

[62]) O.L.G. Karlsruhe in bad. Rechtspr. 1910 S. 39; O.L.G. 23 S. 4; O.L.G. Kiel Schl.-Holst.-Anz. 1905 S. 185. Die Rechtsausführungen decken sich im großen Ganzen mit denen des R.G.

[63]) O.L.G. Breslau in Seuff. Arch. 56 S. 122 (hier handelt es sich um den Fall des § 151 B.G.B.; fortgesetzte Zusendung von Waren samt Faktura ohne ausdrückliche Annahme der Offerten); und O.L.G. Dresden Sächsisches Arch. 1 S. 232.

[64]) A. a. O. § 52 I 1 S. 13.

[65]) Enneccerus I § 23 Anm. 1 S. 81.

Entscheidung finden. Immer wird es die Sachlage im Einzelfall sein, welche aus dem Abschluß neuer Käufe den notwendigen Schluß auf einen Unterwerfungswillen des Käufers rechtfertigt. In dem Fall, daß bei einer Geschäftsverbindung zwei Kaufleute gegenseitig voneinander Waren beziehen und jeder den besonderen Vermerk auf seinen Fakturen dem andern präsentiert ohne jegliche ausdrückliche Erwähnung, darf wohl auf eine stillschweigende Vereinbarung bei den Neuabschlüssen geschlossen werden, wenn diese Handhabung eine dauernde ist.[66])

Keine andere Bedeutung als die Vertragsfaktur hat die den auf Bestellung hin ohne ausdrückliche Annahme sofort gelieferten Waren beigelegte Rechnung. Es handelt sich um den Fall des § 151 B.G.B.. Nach Düringer-Hachenburg[67]) gewinnt diese Faktur den Charakter eines Bestätigungsschreibens im weiteren Sinn. Es soll damit die Annahme des Vertragsantrags bestätigt werden. Das Stillschweigen des Käufers bedeute daher nach den allgemeinen Grundsätzen Genehmigung des gesamten Faktureninhalts. Dann werde sich der Verkäufer nicht darauf berufen können, er habe die Ware nur vorbehaltlich der Einigung über Preis und sonstige Bedingungen einstweilen ausgefolgt. Um dies zu erreichen, braucht man eine solche künstliche Konstruktion nicht. Die Faktura ist und bleibt auch in diesem Fall Faktur. Denn der Annahmewille des Verkäufers ist dadurch schon hinlänglich in Erscheinung getreten, daß er die bestellten Waren ausgesucht und abgesandt hat. Mit dem Augenblick der Uebergabe der Ware an die Transportanstalt ist der Kaufvertrag mit dem in der Offerte enthaltenen Inhalt zum Abschluß gebracht worden.[68]) Die Annahme ist nicht etwa erst erfolgt, wenn die Ware dem Käufer zugeht, der Zeitpunkt liegt viel früher. Daher ist auch die beigelegte Rechnung nicht die Annahmeerklärung und, wenn sie die Erfüllungsortsklausel trägt, nicht Annahme unter Aenderungen, welche rechtlich als Ablehnung und neuer Antrag zu gelten hätte (§ 150 B.G.B.). Die in diesem Sinn ergangene Entscheidung des O.L.G. Dresden[69]) ist nicht zu billigen. Denn so gesehen würde der Käufer durch Verbrauch oder Weitergeben der Waren in Form einer stillschweigenden Annahmeerklärung den Vertrag mit dem geänderten Inhalt zustandebringen und müßte also die Niederlassung des Verkäufers als Erfüllungsort gelten lassen. Das ist also nicht bloß unbillig, sondern juristisch falsch gefaßt. Die Faktur ist nicht die Gegenerklärung auf den Antrag. Einer

[66]) Schweiger a. a. O. S. 34.

[67]) Düringer-Hachenburg I allgem. Einl. S. 145.

[68]) So die herrschende Meinung, u. a. Enneccerus I § 153 I 2a; Oertmann Erl. 3b; Wedemeyer a. a. O. S. 98; vgl. aber Planck I § 151 4b.

[69]) Seuff. Arch. 56 S. 122 Nr. 70.

solchen bedarf es ja auch gar nicht, da bei Bestellung sofortiger Lieferung auf ausdrückliche Akzeptation verzichtet ist. Nach dem Willen des Offerenten ist die Absendung der Ware erforderlich und genügt als Annahmebekundung. Will der Verkäufer unter den Bedingungen der Offerte, also mit dem gesetzlichen Erfüllungsort nicht kontrahieren, so muß er sich mit dem Antragsteller vorher in Verbindung setzen und besondere Vertragsverhandlungen in Gang bringen. Auch hier ist also der Vermerk eine bedeutungslose nachfolgende einseitige Erklärung des Lieferanten, die unbeachtet bleiben kann.

Die Rechtslage wird aber eine ganz andere, wenn der Fakturenempfänger den Inhalt der Rechnung anerkennt, wenn also die Abänderungsanträge angenommen werden. Diese Annahme kann ausdrücklich geschehen, was aber höchstselten vorkommen wird. Möglich ist sie jedoch immerhin und wird etwa in folgender Mitteilung an den Verkäufer zu erblicken sein: „Wir haben von dem gesamten Inhalt der Faktura Kenntnis genommen und gehen mit Ihnen darin überein". Die einseitigen Vermerke werden dadurch vollgültiger Vertragsinhalt.

Die Annahme kann auch stillschweigend erfolgen. Dann handelt es sich aber nicht um die Zusendung einer Faktur im eigentlichen Sinn. Denn auf sie braucht der Empfänger nicht zu reagieren. Vielmehr muß ein Bestätigungsschreiben übersandt worden sein, als dessen Bestandteil die Faktura und ihre vorgedruckten Vermerke anzusehen sind. Dann untersteht sie als Teil des Ganzen dem Schicksal des Ganzen, den Regeln über kaufmännische Bestätigungsschreiben, speziell denen über die Vertragsbestätigung. Und bei ihr gilt der Grundsatz, daß Stillschweigen als Annahme zu gelten hat.[70]) Die hier zu erörtende Frage ist nur die, *wann* die Faktura Bestandteil des Bestätigungsschreibens ist. Das R.G.[71]) verlangt nur, daß dem Käufer die Faktur zugleich mit der Bestätigung des Kaufvertrags vom Verkäufer zugesandt wurde. Brodmann[72]) legt dagegen einen schärferen Maßstab an. Nach ihm kann es keinen Unterschied machen, ob mit der Faktur gleichzeitig ein Bestätigungsschreiben zugeht, in welchem selbst die Erfüllungsortsklausel nicht enthalten ist. Das Schweigen bedeutet gleichwohl nicht Zustimmung zum Inhalt der Rechnung. Nur dann sei anders zu entscheiden, wenn das Bestätigungsschreiben einen ausdrücklichen Hinweis auf den Fakturenінhalt enthalte. Dem wird

[70]) Vgl. § 8 der Arbeit.

[71]) R.G. 57 S. 408. Es genüge schon eine lose Beifügung im selben Umschlag, der Käufer müsse dann die Angaben der Faktur ihrem ganzen Umfang und Inhalt nach prüfen, und wenn er die auf den Erfüllungsort sich beziehende Bestimmung ablehnen wolle, dies auch umgehend kundgeben.

[72]) Ehrenb. Handb. IV 2 S. 104.

man mit Recht zustimmen können. Wenn der Verkäufer die in der Faktur stehenden Verkaufsbedingungen zum Vertragsbestandteil machen will, so muß er das deutlich zum Ausdruck bringen. Die Entscheidung des R.G. befremdet umso mehr, als sie mit dessen sonstiger Ansicht über die Beilage von allgemeinen Geschäftsbedingungen zu dem Bestätigungsschreiben oder über den Aufdruck von solchen auf dessen Rückseite ohne besondere Bezugnahme darauf in Widerspruch steht.[73]) Warum bei der Anfügung der Faktura an ein Bestätigungsschreiben etwas anderes gelten soll, leuchtet nicht ein. Die kaufmännische Sorgfaltspflicht ist hier wie dort die gleiche. Man wird auf Grund der neueren Entscheidung bei der Beilage der Geschäftsbedingungen annehmen dürfen, daß das R.G. neuerdings den für die Faktur eingenommenen Standpunkt verlassen hat. Festzustellen ist jedenfalls, daß nur bei ausdrücklicher Bezugnahme in der Bestätigung auf den Inhalt der Faktura deren Abänderungsanträge durch Stillschweigen angenommen werden. Das Gesagte gilt für die Vertragsfaktur. Liegt kein perfekter Vertrag der Warensendung zu Grunde, so ist die Faktur als sogen. Angebotsfaktur mangels eines besonderen Angebotsschreibens als Antrag zum Kaufvertrag zu behandeln. Es gelten dann die allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff. B.G.B. Der Antragsteller ist an die einzelnen Fakturenvermerke solange gebunden, als er an seinen Antrag überhaupt gebunden ist. Wie die Annahme erfolgt, ist Sache des einzelnen Falls. Bei Annahme sind sämtliche Fakturenklauseln Inhalt des Vertrags geworden. Die Vereinbarung des Erfüllungsorts ist gültig. Der Käufer kann am Gerichtsstand des Verkäufers belangt werden. Es wird aber jeweils zu unterscheiden sein, ob der Antrag als solcher angenommen wurde oder ob die Zusendung nur Anlaß zur Einleitung eigentlicher Vertragsverhandlungen für einen endgültigen Abschluß des Kaufs gewesen ist. Ob aber dann die Klauseln der Angebotsfaktur als vereinbart gelten, ist Tatfrage.[74])

## II. Der Vermerk in der Kommissionskopie.

### § 5.

Der Warenabsatz darf nicht allein der Initiative des Kunden anheimgestellt bleiben. Der freie Wettbewerb erfordert aktives Einwirken auf den Abnehmer. Dies geschieht nicht bloß durch schriftliches Anpreisen der Erzeugnisse, sondern durch Anknüpfung persönlicher Beziehungen. Dazu bedient sich der Kaufmann seiner Reisenden, oder sonstigen Vertreter, welche den Kunden

[73]) J.W. 1925 S. 179; über den Inhalt dieser Entscheidung wird eingehend weiter unten geredet.

[74]) R.G. in Holdheims M.-Schr. 7 S. 276.

für seine Waren gewinnen sollen. Der so durch Zwischenpersonen vermittelte Geschäftsverkehr verlangt in erhöhtem Maße die Schriftlichkeit für das Verhandlungsergebnis im Interesse anstandsloser Erledigung des vom Kunden erteilten Auftrags. Eine der Formen, in denen das Gesprochene festgehalten wird, ist die sogen. Kommissionskopie. Sie wird im Verkehr auch Kommissionsnote oder Auftragskopie genannt. Die Worte ändern jedoch am Begriff nichts, wenn man sich nur über ihn im klaren ist. Der tatsächliche Vorgang ihres Werdens ist der: nach den mündlichen Vertragsverhandlungen, welche zu einem festen Abschluß geführt haben, fixiert der Reisende das Vereinbarte schriftlich, etwa in seinem Notizbuch auf Pauspapier. In der Regel sind das schon eigens zu diesem Zweck bestimmte, mit dem entsprechenden Vordruck versehene Abreißblöcke. Den Durchschlag übergibt er dann dem Besteller. Die Urschrift behält er zur Weitergabe an die liefernde Firma. Meist wird die Kopie auch den Namen des Reisenden als Unterschrift enthalten. Wesentlich ist das aber nicht. Eine Zeichnung seitens des Bestellers darf nicht erfolgen. Denn mit seiner Unterschrift nimmt die Urkunde einen anderen rechtlichen Charakter an, sie wird zum Bestellschein. Eine Unterzeichnung des Käufers würde dem Wesen der Kommissionskopie zuwiderlaufen. Sie ist die Abschrift einer Aufzeichnung, welche ihren Grund im Innenverhältnis zwischen Geschäftsherr und Vertreter findet. Die schriftliche Niederlegung des Vertrags entspringt nicht in erster Linie der Tendenz, dem Besteller eine Vertragsurkunde auszuhändigen. Primärer Zweck ist eine sichere Grundlage dem Vertretenen zu verschaffen Es handelt sich um eine rein interne Notiz. Wenn gleichzeitig dem Käufer ein Durchschlag ausgehändigt wird, so hat das nur die Bedeutung, daß auch er einen Beweg haben soll über den Abschluß und Inhalt des Vertrages. Die Beurkundung erfolgt erst nach Abschluß des Geschäfts, nicht wird die Kopie etwa beim Vertragsschluß ausgefertigt, was man mit der allgemeinen Behauptung rechtfertigen zu können glaubt, jede schriftliche Festlegung eines mündlich geschlossenen Vertrags erfolge nicht genau gleichzeitig mit dem Abschluß.[73]) Ausschlaggebend ist aber nicht der Zeitpunkt der Fixierung, sondern der Umstand, daß eine Form für den Vertrag von den Parteien nicht vorgesehen wurde, Urschrift und Kopie also nicht Urkunden des Vertrages sind. Uebrigens wäre dazu auch gegenseitige Unterzeichnung nach §§ 126, 127 B.G.B. erforderlich. Eine solche des Käufers ist aber der Kommissionskopie wesensfremd. Die Kommissionskopie hat mit dem Vertragsschluß, mit der Existenz des Rechtsgeschäfts gar nichts zu tun; dazu sind die mündlichen Besprechungen da. Sie soll le-

[73]) So Mackower § 346 Anm. III 4; K.G. Bl. 1901 S. 38.

diglich aus Gründen der Sicherheit den Gesamtinhalt der getroffenen Vereinbarungen wiedergeben. Sie wirkt nur deklaratorisch, rein zu Beweiszwecken. Es ist auch nicht ihre Aufgabe den Vertragsinhalt in offengelassenen Punkten zu ergänzen, oder seine Bestimmungen nachträglich abzuändern. Das würde auch nicht den Umständen entsprechen, unter denen die Auftragskopie erteilt wird. Dies geschieht im unmittelbaren Anschluß an den mündlichen Vertragsschluß. Was gelten soll, muß also besprochen werden; wollte der Vertreter einen besonderen Erfüllungsort haben, so mußte er ihn zur Sprache bringen. Es ist nicht so, daß der Reisende in der Urkunde seine eigene Auffassung von den Verabredungen zum Ausdruck bringen will und daß er eine Antwort vom Empfänger erwartet, ob er damit einverstanden ist oder nicht. Es verhält sich gerade so wie bei der Faktura. Man hat vielmehr davon auszugehen, daß in der Kopie die Auffassungen beider Teile über das „Was" und „Was nicht" des Vertrags niedergelegt sind. Auf die in einem Vordruck auf ihr zusammengefaßten Verkaufsbedingungen müßte der Reisende, wenn sie Vertragsbestandteile werden sollten, ausdrücklich hinweisen und das Einverständnis des Empfängers einholen. Geschah dies nicht, so stehen diese Bedingungen außerhalb des Vertrags als Abänderungsanträge, welche bei nicht rechtzeitiger Annahme erlöschen. Das vorbehaltlose Entgegennehmen der Kopie besagt nichts für ihre Gültigkeit, mag der Empfänger das Schreiben gelesen oder unbeachtet gelassen haben.[76]) Der gesetzliche Erfüllungsort wird nicht abgeändert. Diese Rechtslage kann auch durch eine Tendenz der Kaufmannschaft in Richtung eines Handelsbrauchs,[77]) die Kommissionskopie als grundlegende Urkunde nach Art des Bestellscheins zu behandeln und ihr rechtsbegründende Wirkung beizulegen, nicht verändert werden. Ganz abgesehen von den erwähnten rechtlichen Gesichtspunkten würde es dem im Verkehr unter Kaufleuten herrschenden Vertrauensprinzip zuwiderlaufen, wollte der Verkäufer die Verbindlichkeit solcher nachträglicher, mündlich nicht erwähnter Zusätze verlangen, während ihm Gelegenheit gegeben ist, diese Punkte dem Käufer vorzutragen. Der Schein des Versuchs einer günstigen Positionserschleichung ist nicht zu verdecken. Treu und Glauben schon würden solches Ansinnen von Grund aus zunichte machen.

Anders ist es, wenn der Empfänger sein Einverständnis mit dem Inhalt der Kopie zu erkennen gegeben und die Zusatzanträge angenommen hat, so daß ihr Inhalt Vertragsbestandteil geworden ist. Dies kann ausdrücklich geschehen, wenn etwa der

[76]) R.G. in Holdheims M.-Schr. 9 S. 79, in Bolze 23 Nr. 349, in J.W. 1901 S. 621 Nr. 14.

[77]) Riesenfeld a. a. O. Nr. 64.

Reisende ihm die Kopie vorhält mit der Frage, ob es so recht sei, und der Käufer nach dem Durchlesen die Frage ausdrücklich bejaht. Abgesehen von der grundsätzlichen Wirkung, daß auch eine Kenntnisnahme der neuen, bisher nicht behandelten Vermerke dem Empfänger nichts schadet, kann ausnahmsweise ein genaues Durchlesen der Kommissionskopie in Gegenwart des Reisenden ohne jegliche Beanstandung als Annahme durch schlüssiges Verhalten gelten.[78]) Es ist nicht bloße Passivität wie beim Verkehr unter Abwesenden, welche das Verhalten des Empfängers ausmacht. Die Anwesenheit beider Kontrahenten ersetzt das sonst äußerlich nichts bedeutende Stillschweigen durch gewisse konkludente Handlungen, welche nur im persönlichen Verkehr einen bestimmten Willen erkennbar machen können.[79]) Das Erklärungsbewußtsein im Einzelfall darf aber nicht ungeprüft bleiben. Solche schlüssigen Handlungen können sein die genaue Kopieprüfung Punkt für Punkt, welche aus klärenden, beim Lesen gestellten Zwischenfragen erkennbar ist, ein entsprechendes Mienenspiel, ein Nicken mit dem Kopf, das Zurückgeben der Kopie nach Einsichtnahme ohne Rüge. Im letzten Fall ist der Annahmewille ganz deutlich zum Ausdruck gebracht. Er zeigt vor allem, daß beim persönlichen Gegenüberstehen das Verhalten der Parteien eine ganz andere Bedeutung gewinnen kann als bei Abwesenheit. So werden wir noch sehen, daß das Zurücksenden von Bestätigungsschreiben als Ablehnung aufzufassen ist, während hier die Rückgabe in bejahendem Sinn zu würdigen ist. Und so ist es auch beim Stillschweigen als solchem, dort ist es rein, hier in Begleitung von schlüssiger Tätigkeit.

Ein weiterer Fall des Wirksamwerdens eines Erfüllungsortsvermerks wird von der Rechtsprechung darin gefunden, daß bei längerer Geschäftsverbindung immer die gleiche Klausel auf den Kommissionskopien steht und diese jeweils stillschweigend angenommen werden.[80]) Die Entscheidung lautet jedoch wie bei der Faktur. Da alle früheren Vermerke mangels nachträglicher Genehmigung ohne bindende Bedeutung für den Käufer waren, so kann auch der gegenwärtig in Frage stehende, ebenfalls an sich unverbindliche Vermerk keine bindende Kraft erlangen.[81]) Es kommt immer darauf an, ob ein entsprechender Wille des Käufers vorhanden und zum Ausdruck gebracht worden ist. Es genügt, wenn das durch stillschweigende Erklärung geschieht. So jedenfalls dann, wenn zwei Kaufleute bei früheren Geschäfts-

[78]) O.L.G. 41 S. 244. Hier sprach allerdings weiter noch für die Annahmewirkung des Stillschweigens, daß der Erfüllungsortvordruck an nicht übersehbarer Stelle in der Kommissionskopie stand.

[79]) Brodmann in Ehrenb. Hdb. IV 2 S. 103.

[80]) O.L.G. 33 S. 22.

[81]) Hans. G.Z. 1904 S. 128.

abschlüssen immer ausdrücklich den Wohnsitz des Verkäufers als Erfüllungsort vereinbart haben und nun bei einem neuen Vertragsschluß die seitherige Vertragsbedingung auf der Kommissionskopie vermerkt ist.[82]) Zwar bedeutet die stillschweigende Entgegennahme der Kopie nicht nachträgliche Abänderung des mit dem gesetzlichen Erfüllungsort geschlossenen Vertrags: vielmehr hat sich der Käufer von Anfang an beim Abschluß den von früher her bekannten Bedingungen, also auch dem abweichenden Erfüllungsort stillschweigend unterworfen. Er hat das schlüssig zum Ausdruck gebracht, wie auch der Verkäufer sein diesbezügliches Angebot beim Neuabschluß. Wenn er diese Bestimmung als Last empfunden hätte, so hätte er kundgeben müssen, daß er von der seitherigen Gepflogenheit abgehen wolle. Seine Vertragserklärung ist nach § 157 B.G.B. ergänzend zu interpretieren. In solchen Fällen ist also, wie schon bei der Faktur gesehen und wie später in anderem Zusammenhang noch zu erkennen ist, ganz entschieden auseinanderzuhalten — was in der einschlägigen Rechtsprechung nicht der Fall ist — daß es sich nicht um eine nachträgliche Annahme des Abänderungsvorschlags durch Stillschweigen handelt,[83]) sondern daß der Zeitpunkt des Verbindlichwerdens im Augenblick des Vertragsschlusses liegt infolge stillschweigender Unterwerfung unter die Vertragsbedingung der Gegenseite, auch wenn diese nicht zur Sprache gebracht wird.

Das sind immer Ausnahmefälle. Kehren wir zurück zu der Regel, daß der Vermerk nicht Vertragsbestandteil ist, so bleibt zu berücksichtigen, daß wohl eine materiellrechtliche Wirkung durch die Kommissionskopie nicht ausgelöst wird, daß sie aber durch ihre deklaratorische Bedeutung zu erheblichen prozessualen Konsequenzen Anlaß gibt, und zwar auf Grund des von der Rechtsprechung seit langem ausgebildeten Satzes von der Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit von Urkunden.[84]) Es handelt sich nicht um eine Rechtsvermutung, sondern um eine aus der Erfahrung des täglichen Lebens geschöpfte tatsächliche, um eine bloße Beweispräsumtion. Ihre Berechtigung liegt in dem Wesen der schriftlichen Fixierung. Wird über den Abschluß eines Vertrags eine Urkunde aufgenommen, gleichgültig ob sie zur Existenz des Geschäfts notwendig ist oder nicht, wie hier bei nachträglicher Ausstellung, so ist nach der Erfahrung des Verkehrs und nach dem Zweck der schriftlichen Niederlegung anzunehmen, daß die Urkunde den vereinbarten Inhalt des

[82]) O.L.G. Hamburg D.J.Z. 1903 S. 108.

[83]) Ein Konsequenz des hier aufgestellten Grundsatzes der unbedingten Bedeutungslosigkeit des Stillschweigens als solchen.

[84]) R.O.H.G. 16 S. 191; R.G. in Bolze 6 Nr. 316; R.G. 52 S. 25 und 231; R.G. 68 S. 15; R.G. 85 S. 332; R.G. J.W. 1911 S. 874.

Rechtsgeschäfts vollständig enthält und den letzten entscheidenden Willen der Parteien richtig und vollständig wiedergeben soll.[85]) Die Vermutung der Vollständigkeit wird nur dann praktisch, wenn mündlich Punkte wirklich zum Gegenstand der gegenseitigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen gemacht worden sind,[86]) nachher aber nicht in die Urkunde aufgenommen wurden, beim Erfüllungsort also, wenn mündlich schon der Wohnsitz des Verkäufers oder der des Käufers, was kaum vorkommen wird, aber doch denkbar ist, als maßgeblicher Erfüllungsort ausbedungen worden war, in der Kommissionskopie aber überhaupt nichts von einem solchen zu finden ist, nach ihr also der gesetzliche gelten soll. Dann gilt diese mündliche Abrede als fallen gelassen.[87]) Die Vermutung greift aber nur dann Platz, wenn die Vereinbarung vor Errichtung der Kommissionskopie zustandekam, nicht etwa nach Erteilung derselben.[88]) Sie tritt aber zurück, wenn der Gegenbeweis vom Käufer oder Verkäufer geführt wird, daß die Erfüllungsortsabrede trotz Nichtaufnahme gelten soll. Dies ist aber nicht allein mit dem Nachweis möglich, daß die Abrede getroffen worden ist. Vielmehr müssen besondere Gründe dargetan werden, aus denen erhellt, daß die Vereinbarung neben dem urkundlich niedergelegten Inhalt Geltung haben soll. Diese besonderen Umstände liegen in den Gründen überhaupt, welche die Nichtaufnahme der Abrede in die Urkunde veranlaßten.[89]) In dem wohl regelmäßigen Fall, daß in der mündlichen Besprechung von dem Erfüllungsort gar nicht die Rede war und nachträglich erst in die Kommissionskopie der dem Verkäufer günstige Leistungsort auftaucht, kommt die andere Seite der Vermutung hinsichtlich der Richtigkeit des Urkundeninhalts zum Zug. Dem Käufer ist die Last des Gegenbeweises aufgebürdet, daß eine diesbezügliche Vereinbarung nicht zustandegekommen ist.

Wegen dieser möglichen Umkehrung der Beweislast, welche dem Käufer recht unangenehm werden kann, ist eine Prüfung der Kommissionskopie und ein entsprechender Einspruch dem Reisenden gegenüber dringend zu empfehlen.

## III. Der Vermerk im Bestellschein.

### § 6.

Im Bestellschein finden wir das andere Mittel zur schriftlichen Festlegung des Verhandlungsergebnisses zwischen Reisenden

[85]) So Staub III § 350 Anm. 71 ff.
[86]) R.G. in J.W. 1921 S. 638 ff. zur Lehre von der Voraussetzung.
[87]) R.G. in J.W. 1915 S. 571.
[88]) Warneyer I Anm. 3 zu § 125; Dür.-Hachenberg I Allgem. Einl. Anm. 53 S. 40.
[89]) So Warneyer a. a. O.; Dür.-Hachenbg. a. a. O.; Planck I § 125 Erl. 4 a B.; Enneccerus I § 148 III 2; A. Mg. neuerdings R.G. in L.Z. 1918 Nr. 830 und Recht 1919 Nr. 1253.

und Kunden. Die Terminologie ist eine verschiedene. Man nennt ihn im Geschäftsleben auch Auftragszettel oder Kommissionsnote, wobei zu beachten ist, daß diese Kommissionsnote etwas ganz anderes bedeutet als die als Kommissionsnote bezeichnete Kommissionskopie. Auch hier wird der Bestellzettel vom Reisenden geschrieben, welcher besondere Bestellscheinformulare meist mit dem Vordruck der vom Verkäufer festgesetzten Verkaufsbedingungen, aus Bequemlichkeit und zwecks Zeitersparnis mit sich führt. Daß er sie mit seinem Namen unterzeichnet, ist unwesentlich. Uebergeben wird dem Besteller nicht wie bei der Kommissionskopie eine Abschrift von dem für interne Zwecke benutzten Original, er bekommt die Urschrift selbst ausgehändigt, um sie unterzeichnet dem Reisenden zurückzugeben. Gerade in der Unterzeichnung und Rückgabe des Bestellscheins liegt der eigentliche Gegensatz zur Kommissionskopie. Er ist nicht Abklatsch einer für das Innenverhältnis wichtigen Notiz, sondern seine Bedeutung liegt in der unmittelbaren Erheblichkeit für das Außenverhältnis, für den Kaufvertrag zwischen dem vertretenen Lieferanten und dem Besteller. Der Bestellschein soll den Gesamtinhalt dieser Vorverhandlungen zusammenfassen und dem Käufer in einer Einheit klar und deutlich vor Augen führen, welche Rechte und Pflichten ihm aus dem einzugehenden Vertrag erwachsen. Er ist Tatbestandsstück des Vertrags. In ihm ist das Vertragsangebot des Käufers formuliert, welches durch Unterzeichnung und Rückgabe wirksam wird. Es enthält die Willenserklärung des einen Kontrahenten gegenüber dem andern, durch deren Annahme seitens des zum Abschluß bevollmächtigten Reisenden oder des Verkäufers selbst der Vertrag zustandekommt. Den Inhalt des Bestellscheins, wie ihn der Reisende gefaßt hat und wie er schon als typischer Vordruck in ihm enthalten war, hat der Käufer durch seine Unterschrift zum Inhalt seiner Willenserklärung gemacht. Er ist ebenso daran gebunden, wie wenn er selbst das Angebot formuliert hätte. Glatt ist die Rechtslage, wenn der Besteller vor Unterzeichnung den Inhalt genau geprüft und sich damit einverstanden erklärt hat. Hier wird der in dem Vordruck enthaltene Erfüllungsort vereinbart. Zweifelhaft und von eigentlichem Interesse sind aber die Fälle, in denen der Besteller den Schein nur flüchtig oder gar nicht durchliest, sondern blindlings unterzeichnet. Die Fälle sind sehr häufig. Nicht zuletzt finden sie neben Zeitmangel ihren Grund in einem unberechtigten Anstandsgefühl des Kaufmanns, daß eine Prüfung der Urkunde auf ihre Uebereinstimmung mit den mündlichen Besprechungen eine Mißtrauensäußerung gegenüber dem Gegner bedeute.[90]) Im Gegensatz zu den bisher behandelten und noch später zu betrachtenden Urkunden handelt es sich beim Bestell-

[90]) Dür.-Hachenbg. I Allgem. Einl. Anm. 55 S. 41 ff.

schein nicht um ein Stillschweigen des Käufers auf den Erhalt der Urkunde hin, vielmehr um ein aktives Verhalten mit dem Ziel, ein Rechtsgeschäft zustande zu bringen. Im Kern ist es aber doch die gleiche Situation: einerseits der Versuch des Verkäufers einseitig durch Unterlassen besonderer Aussprache dem Käufer eine Vertragsbedingung aufzubürden, welche der mündlichen Abrede nicht entspricht, und andererseits die Nichtrüge des Käufers. Es fragt sich nun dreierlei, ob der Aussteller des Bestellscheins an den Vertrag überhaupt gebunden ist, wenn dessen Inhalt mit den Besprechungen nicht übereinstimmt, oder ob er der mündlichen Regelung neben dem schriftlich Vereinbarten Geltung zu verschaffen vermag, oder ob er wenigstens seine Bindung nachträglich wieder vernichten kann. Die Prüfung dieser Fragen ist allgemein an die Spitze zu stellen, daß man von jedem, insbesondere aber von einem Kaufmann, nach Treu und Glauben im Verkehr verlangen kann und muß, daß er vor Abgabe seiner Unterschrift sich über den Inhalt des von ihm unterzeichnenden Schriftstücks vergewissert, insbesondere, wenn dasselbe rechtserhebliche Tatsachen zu beurkunden bestimmt ist.[91]) Das Unterlassen der Einsichtnahme in das Schreiben geht auf die eigene Gefahr des Bestellers. Diese Strenge erfordert die Verkehrssicherheit.[92]) Mit dieser Feststellung ist die erste Frage schon beantwortet. Der Kaufmann kann sich nicht darauf berufen, er habe nur den Teil des Bestellscheins zum Gegenstand seines Angebots gemacht, welcher mündlich besprochen worden sei. Hinsicht des andern, also des abweichenden Erfüllungsorts, habe er gar keine Willenserklärung abgegeben. Den ganzen nicht erwähnten Vordruck decke seine Unterschrift gar nicht. Die Möglichkeit einer nur teilweisen Gültigkeit des unterzeichneten Bestellscheins ist anerkannt,[93]) aber unter der einschränkenden Voraussetzung, daß der Namenszeichner gar nicht weiß, noch als möglich annehmen kann oder muß, daß außer dem in seinem Bewußtsein stehenden Textteil überhaupt noch etwas anderes vorhanden ist oder hinzugefügt werden soll. Das kann wohl für den Nichtkaufmann gelten, trifft aber für den Kaufmann nicht zu. Ihm ist diese Kenntnis zuzumuten.[94]) Eine Unwirk-

[91]) R.G. in Holdheims M.-Schr. 1905 S. 236, mit der Folgerung, daß es seine Sache sei, bei Nichteinverständnis auf die Streichung der nicht gewünschten Punkte zu bringen.

[92]) Vgl. auch Staub III § 350 Anm. 80.

[93]) O.L.G. 6 S. 32.

[94]) R.G. in Holdheims M.-Schr. 1905 S. 236. Darnach darf ihm nicht unbekannt sein, daß solche Bestellzettel im kaufmännischen Verkehr durchweg gleiche und ähnliche, formularmäßig vorgedruckte allgemeine vertragsmäßige Bestimmungen zu enthalten pflegen. Für Maßgeblichkeit auch O.L.G. 19 S. 55, wo gerade in der Geschäftsgewandtheit des Kaufmanns der Grund für die Nichtbeachtung von Dingen gefunden wird, die in der Urkunde als selbstverständlich vorhanden oder fehlend angesehen werden. Desgl. Els.-Loth. J.Z. 15 S. 242.

samkeit der nicht besprochenen Bedingungen damit zu begründen, daß der Besteller bei der Ausfolgung des Scheins dem Reisenden erklärt habe, er halte sich nur an das mündlich Vereinbarte und kümmere sich um den Bestellschein trotz Unterschrift nicht, ist ebenfalls unmöglich. Eine protestatio facto contraria ist unbeachtlich. Der gleichzeitige Widerspruch ist nicht geeignet, das Erklärte unwirksam zu machen.[95]) Auf irgendwelche Aufmunterungen des Reisenden mit dem Inhalt, daß die Unterschrift nur der Form wegen erfolge, daß sie eine ganz andere Bedeutung als für den Vertrag habe usw., können den Käufer nicht von der Bindung befreien. Denn als Kaufmann muß er erkennen, zu welchem Zweck er seine Unterschrift abgibt. Eine vollgültige Willenserklärung liegt vor. Ob ihr Inhalt allerdings der Vorstellung und dem Willen des Ausstellers entspricht, das ist eine andere Frage.

Damit der Besteller geltend machen kann, neben dem schriftlich fixierten Inhalt solle auch noch eine mündliche Vereinbarung kumulativ Bestand haben, ist zunächst zu prüfen, ob in den mündlichen Besprechungen überhaupt ein Vertragsschluß zu erblicken ist. Das wird im allgemeinen zu verneinen sein. Denn abgesehen davon, daß die mündlichen Verhandlungen unverbindlich sein und nur das schriftliche Vertragsangebot Grundlage des Vertrags werden soll, kann beim Verhandeln mit einem Reisenden ohne Abschlußvollmacht ohnehin eine Vereinbarung zwischen Vertretenem und Drittem nicht entstehen. Die Annahme des Angebots erfolgt durch den Lieferanten selbst, und zwar so, wie es ihm im Bestellschein präsentiert wird.[96]) Aber auch der Reisende, welcher zum Abschluß des Vertrags bevollmächtigt ist, verpflichtet nicht ohne weiteres den Geschäftsherrn durch solche Zusagen, welche nicht im Vordruck des Bestellscheins enthalten sind oder mit ihm im Widerspruch stehen.[97]) Es ist immer zu prüfen, ob seine Vollmacht dazu ausreicht. Und oft wird die Vollmacht des Reisenden eben nur soweit gehen, als die gedruckten Bestimmungen des Bestellscheins reichen. Hat er sie überschritten, so ist eine gültige Vereinbarung zwischen Geschäftsherrn und -gegner nicht erfolgt. Sollte aber der Reisende so weitgehend ermächtigt gewesen und der Erfüllungsort ausdrücklich mündlich an den Wohnsitz des Käufers geknüpft worden sein, während der Bestellschein über diesen Punkt schweigt, so müßte der Aussteller wie bei der Kommissionskopie auf die dort gezeigte Art die Vermutung der Vollständigkeit der Urkunde durch den

[95]) R.R. in Els.-Loth. Z. 1905 S. 341.

[96]) Staub III Anm. 36 S. 794.

[97]) Anders Staub a. a. O. S. 795, der die grundsätzliche Haftung des dominus sehr zu dessen Nachteil von dem zufälligen Wissen des Dritten um den abweichenden Willen des Vertretenen abhängen läßt.

Gegenbeweis anderer Vereinbarung zu erschüttern suchen. Oder es bleibt wie im Normalfall des Lebens, daß vom Erfüllungsort gar nicht gesprochen wurde, im Bestellschein aber der Ort der gewerblichen Niederlassung des Verkäufers oder als solcher genannt ist, dem Besteller nur die Möglichkeit im Wege der Anfechtung von dieser Bestimmung oder, wenn noch andere Umstände vorliegen, vom Vertrag als solchem loskommen. Der Beweis der Unrichtigkeit der Urkunde genügt hier nicht, da ihr Gesamtinhalt Gegenstand seiner Willenserklärung geworden ist. Er muß seine Erklärung zunichte machen. Glatt ist die Anfechtung bei Drohung und arglistiger Täuschung. Die Fälle werden jedoch bei der Regelung des Erfüllungsorts als eines vertraglichen Nebenpunktes nicht praktisch werden. Akut wird nur der Fall des Irrtums. Wie oben bemerkt, ist allgemeiner kaufmännischer wie bürgerlichrechtlicher Grundsatz, daß man an das gebunden ist, was man mit seinem Namen deckt. Der Satz: subscriptio tenet subscribentem ist eine von jeher in der Rechtsprechung angewandte Norm. Nur hat man die ratio dieser Erkenntnis zu verschiedenen Zeiten in verschiedener Richtung gesucht und den Ausschluß der Anfechtung möglichst konsequent durchzuführen versucht.[98]) Drei Ansichten sind zu unterscheiden: die früheste sah den Grund für die Versagung der Anfechtung in dem Verschulden des Unterzeichnenden, welcher fahrlässigerweise von dem Inhalt der Urkunde keine Kenntnis erlangt hat.[99]) Später war der gute Glaube des Mitkontrahenten, vor allem aber die Rücksicht auf die Sicherstellung des Urkundenverkehrs für das Einstehen für den unterschriebenen Urkundeninhalt bestimmend.[100]) Die Sicherheit des Rechtsverkehrs schloß die Berufung auf Unkenntnis aus.[101]) Ja man läßt die Anfechtung „nur im Rahmen von Treu und Glauben“ zu.[102]) Die neueste Entwicklung ging dahin, die Anfechtung deshalb auszuschließen, weil ein Irrtum des Unterzeichnenden gar nicht vorliege. Dieser Gedanke klingt schon in dem Urteil des O.L.G. Stuttgart in R.G. 5 S. 385 an.[103]) Das Gesagte gilt für die Ausstellung von Urkunden schlechthin. Inwiefern dieses Leugnen eines Irrtums bei der Unterzeichnung eines Bestellscheins gilt und in welchem Ausmaß, das wird später auszuführen sein.

[98]) Leist, Arch. f. ziv. Prax. 102 S. 215 ff.; Siegel a. a. O. S. 80.
[99]) O. App. Gericht Dresden in Seuff. Arch. 8 Nr. 56.
[100]) O. App. Gericht Berlin in Seuff. Arch. 29 Nr. 229.
[101]) R.O.H.G. in Seuff. Arch. 32 Nr. 87.
[102]) O.L.G. 15 S. 55.
[103]) Hier wandte der nahezu erblindete Beklagte, welcher eine Bürgschaftsurkunde unterzeichnet hatte, ein, der Hauptschuldner habe die Unterschrift erschlichen. Es wird aber gesagt, er hätte seine mangelnde Zustimmung zum Inhalt dartun müssen. Diese Zustimmung sei entweder eine solche zum vorher kennengelernten Inhalt der Urkunde gewesen oder auch dazu, was sie auch enthalten haben möge, so daß von einem Irrtum nicht geredet werden könne.

Grundlegend ist die Auseinanderhaltung von Irrtum und Unkenntnis. Man kann beide Begriffe in Beziehung zueinander setzen durch den Satz: jeder Fall des Irrtums ist ein Fall der Untenntnis, aber nicht jeder Fall der Unkenntnis ein solcher des Irrtums.[104]) Man kann auch sagen: Irrtum liegt nur vor bei unbewußter Unkenntnis; bewußte Unkenntnis schließt aber jeden Irrtum aus. Konkret gesprochen heißt das: wenn jemand einen Bestellschein ungelesen unterschreibt, so sind zwei Tatbestände möglich.[105]) Einmal: der Unterzeichnende denkt schlechterdings nichts über den Inhalt seiner Erklärung und er denkt auch nichts Irriges darüber, so daß bezüglich jenes Inhalts reine Unwissenheit vorliegt. Er unterschreibt, gleichviel was es sei und will, daß das Unterzeichnete als seine Erklärung gelten solle. Dann befindet er sich nicht im Irrtum über den Inhalt der Urkunde, sondern in bewußter Unkenntnis. Die bloße ignorantia verhindert ein Auseinandergehen von Wille und Vorstellung. Eine Anfechtung ist unmöglich. Der Unterzeichnende bleibt dem vereinbarten Erfüllungsort unterworfen. Dieser Fall ist z. B. dann anzunehmen, wenn der Reisende dem Kunden erklärt hat, der Bestellschein enthalte noch die üblichen Bedingungen, und dieser trotzdem aufs Geratewohl unterschreibt. Diese sonst bei Unterzeichnung von Urkunden wohl herrschende Regel[106]) wird beim Bestellschein zur Ausnahme werden, wie überhaupt dann, wenn mündliche Verhandlungen vorangegangen sind und der Unterzeichnende eine positive Meinung hinsichtlich ihres Inhalts gehabt hat; so, wenn er geglaubt hat, der Bestellschein enthalte nur das, was er mit dem Reisenden besprochen habe, während er tatsächlich anderes enthält. Er ist der bestimmten Ueberzeugung, er kenne den Inhalt. In Wirklichkeit kennt er ihn nicht, er befindet sich in unbewußter Unkenntnis über ihn, also im Irrtum. Und das ist ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung, über deren Tragweite. Der Besteller befindet sich nicht in einem Irrtum über das äußere Bild seiner Erklärungshandlung. Er weiß, daß er seinen Namen unter eine Urkunde schreibt, deren Text er nicht kennt. Der äußere Verlauf der Erklärungshandlung entspricht seinem Willen. Dagegen ist der rechtliche ins Auge gefaßte Erfolg, der Sinn dieser Handlung ein ungekannter und

---

[104]) So Hölder I § 119 Anm. 2.

[105]) R.G. 77 S. 309; die Klägerin hatte hier eine von ihrem Sohn durchgelesene Urkunde selbst ungelesen unterzeichnet. Sie macht ihre Annahme geltend, es sei darin nur der Tod ihres Mannes, des Teilhabers einer offenen Handelsgesellschaft, angemeldet worden, während sie selbst als Erbin in die Gesellschaft eintrete. In Wirklichkeit enthielt aber die Urkunde den Antrag auf Löschung des verstorbenen Gesellschafters und Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft durch die beiden andern Gesellschafter allein, unter Ausschluß der Erbin. R.G. in J.W. 1909 S. 214 Nr. 1.

[106]) Staudinger I § 119 V 3.

ungewollter.[107]) Der Anfechtung steht unter den sonstigen Voraussetzungen des § 119 B.G.B. nichts im Wege. Bezieht sich der Irrtum nur auf die Erfüllungsortsklausel, übersieht der Besteller gerade sie, während er von übrigen Vertragsbestimmungen eine durchaus richtige Vorstellung hat, so ist der Irrtum nur ein teilweiser. Im Falle der Anfechtung greift dann § 139 B.G.B. Platz. Meist wird der übrige Teil des Geschäfts aufrecht erhalten bleiben. Denn der Verkäufer wird besonders heute in dem schweren Kampf der Wirtschaft um den Absatz ein größeres Interesse daran haben, mit dem gesetzlichen Erfüllungsort als überhaupt nicht zu verkaufen. Der Vertrag wäre wohl an der Nichteinigung über diesen Punkt nicht gescheitert. — Wer wegen Irrtums anficht, muß ihn beweisen. Ist aber eine Unkenntnis des Geschriebenen nur dann Irrtum, wenn dem Unterzeichner das Bewußtsein seiner Unkenntnis abgeht, so gehört zum Beweis des Irrtums der Nachweis, daß der Unterzeichner sich seiner Unkenntnis nicht bewußt war. Das wird leichter dargetan werden können, wenn der Besteller die Urkunde vor der Unterschrift nicht gelesen hat. Hat er den Bestellschein aber durchgelesen, so genügt es nicht, wenn er den Richter überzeugt, daß er beim Lesen des Textes einen Satz übersehen habe. Vielmehr muß er weiter beweisen, daß er sich nicht bewußt gewesen ist, den Satz ungelesen gelassen zu haben. Die Führung dieses Beweises wird ihm jedoch nicht leicht fallen.

Angriffe gegen die Gültigkeit des Inhalts des Bestellscheins werden aber dadurch ausgeschlossen, daß üblicherweise vom Lieferanten ein Bestätigungsschreiben zugesandt wird, welches die im Bestellschein enthaltenen Bedingungen wiederholt oder ausdrücklich darauf Bezug nimmt. Dann wird der abgeänderte Erfüllungsort durch die stillschweigende Annahme endgültig festgelegt, wenn je Zweifel bestanden haben sollten. Sonst aber ist die Aufnahme einer Klausel in den Bestellschein seitens des Verkäufers zu empfehlen, um eine Erschütterung von Treu und Glauben im Verkehr durch das nachträgliche Angehen gegen die unterzeichnete Erklärung zu verhüten. Nicht zuletzt aber soll dadurch das Interesse des Abnehmers selbst gewahrt werden zur Erkenntnis seiner Sorgfaltspflicht zu gelangen, und zwar mit der Maßgabe, daß die Unterschrift auch des kleinen Kaufmanns gilt und daß man sich daher ansieht, was man unterschreibt. Häufig findet man schon den Satz, daß mündliche Abreden keine Gültigkeit haben sollen.[108]) Dadurch wird aber nur die Vermutung der Vollständigkeit unwiderleglich gemacht. Um einer Anfechtung wegen Irrtums zu begegnen, bedarf es

[107]) Siegel a. a. O. S. 80; Staudinger a. a. O. sub 2; R.G. 62 S. 203; 77 S. 309; 88 S. 278; unklar Leist a. a. O. S. 242 ff.

[108]) L.Z. 1912 S. 958 = O.L.G. 12 S. 30.

einer Ergänzung dieser Klausel, etwa durch folgenden Zusatz: „ich bin zum Abschluß durch keinerlei Erklärungen veranlaßt worden, die aus dieser Urkunde nicht ersichtlich sind; auch habe ich diese vor Abgabe meiner Unterschrift durchgelesen".[109]) Nicht genügen würde ein zusätzlicher Stempelaufdruck auf vorhandenen Bestellscheinformularen, da der Aussteller den Einwand hätte, der Vermerk sei nach der Unterzeichnung darauf gesetzt worden. Ein vollkommener Ersatz der Bestellscheine wäre erforderlich, eine große Beruhigung des Verkehrslebens die Folge.

## IV. Der Vermerk im Bestätigungsschreiben.

### Arten und rechtliche Natur der Bestätigungsschreiben.

### § 7.

Unter Bestätigungsschreiben versteht man im Geschäftsleben Verschiedenartiges. Es kann damit ein Schreiben gemeint sein, in welchem der Geschäftsherr einem Dritten den mit ihm durch einen vollmachtslosen Agenten oder Vertreter angebahnten Vertrag bestätigt.[110]) Rechtlich stellt sich diese Willenserklärung als Genehmigung eines schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfts dar. Auch versteht man darunter die schriftliche Bestätigung eines Vertragsantrags, also Annahme einer Offerte.[11]) Davon soll im Folgenden nicht die Rede sein. Die Ausführungen dienen nur der Behandlung der kaufmännischen Bestätigungsschreiben, welche den rechtlichen Charakter eines Vertragsangebots haben und als solche die kaufmännischen Bestätigungsschreiben im eigentlichen Sinn bilden.

Unter Kaufleuten besteht eine Gepflogenheit, mündlich, fernmündlich, drahtlos oder durch Vertreter geführte Vertragsverhandlungen schriftlich zu bestätigen. Diese Gepflogenheit geschieht „der guten Ordnung halber", wie der kaufmännische Ausdruck lautet. Eine Rechtspflicht besteht dazu nicht. Eine solche kann auch nicht auf dem Umweg über einen angeblich bestehenden Handelsbrauch konstruiert werden. Denn, wenn auch in sehr vielen Handelszweigen eine derartige Gewohnheit vorherrschend ist, so kann man doch nicht soweit gehen, einen allgemeinen Handelsbrauch oder gar ein Handelsgewohnheitsrecht anzunehmen mit der wichtigen Wirkung, daß die auf die oben erwähnte Weise geführten Verhandlungen nicht zu Abschlüssen von Verträgen im Rechtssinn ohne Zusendung eines oder Austausch gegenseitiger Bestätigungsschreiben führen können (§ 154 B.G.B.).

[109]) Eger in „die Wirtschaft und das Recht" 1929 S. 38.

[110]) Vgl. Staub I § 55, Anh. zu §§ 58 und 85.

[111]) Vgl. Staub III, Anh. zu § 361 Anm. 39.

Die Größe und Wichtigkeit des Geschäfts darf nicht maßgebend sein. Das ist die ständige Rechtsprechung des R.G.[112]). Etwas anderes ist es, wenn der Parteiwille eine derartige Regelung des Geschäftsverkehrs vorsieht.

Die eigentlichen Bestätigungsschreiben kann man in zwei Gruppen teilen, nämlich in die Vertrags- und Angebotsbestätigungen. Diese Unterscheidung ist keine rechtliche, sondern ergibt sich aus dem Erklärungsinhalt der Schreiben, aus ihrem faktischen Charakter, welcher im Wortlaut zum Ausdruck kommt. In der Vertragsbestätigung wiederholt der Kaufmann das früher Verhandelte und faßt das Ergebnis regelmäßig erschöpfend zusammen, um dem andern Vertragsteil zur Kenntnis zu bringen, daß ein Abschluß dieses oder jenes Inhalts zustandegekommen sei. In der Angebotsbestätigung wird nicht auf ein schon zum Abschluß gekommenes Geschäft Bezug genommen, sondern es wird nur auf die offengebliebenen, unverbindlichen Vorverhandlungen zurückgegriffen und das schon früher gemachte Angebot dem Verhandlungsgegner in seinem ganzen Umfang nochmals präsentiert. Beide Gruppen teilt man nach der objektiven Rechtslage und der subjektiven Einstellung des Bestätigenden in wahre und nur vermeintliche Bestätigungsschreiben. Ist also bei der Vertragsbestätigung ein Vertrag schon vollgültig zustandegekommen, stimmt somit der objektive und subjektive Tatbestand des Schreibens überein, so liegt eine wahre Vertragsbestätigung vor. Besteht aber eine Divergenz, da ein Abschluß noch nicht erfolgt ist, so hat man es mit einer vermeintlichen Vertragsbestätigung zu tun. Entsprechend verhält es sich bei der Angebotsbestätigung. Die rechtliche Behandlung beider Gruppen ist im allgemeinen die gleiche, da der rechtliche Charakter der einen dem der andern entspricht und die ganze Sachlage, insbesondere das selbstverständliche Warten des Bestätigenden auf Antwort des Empfängers dazu zwingt. Auf sprachliche Präzision kommt es nicht an, lediglich auf den Sinn der Erklärung, auf den in ihr zum Ausdruck gekommenen Willen. Da die Vertragsbestätigung praktisch häufiger in Erscheinung tritt, mag sie der Einfachheit halber allein der Erörterung unterliegen unter stillschweigender sinngemäßer Anwendung des Festgestellten auf sie. Abweichungen werden besonders hervorgehoben.

Vorwegzunehmen ist, daß die ganz seltenen Vertragsbestätigungen, welche sich vollkommen, Punkt für Punkt, ohne jegliche Ergänzung oder Abänderung, mit dem schon geschlossenen vollgültigen Rechtsgeschäft decken, also auch in der Regelung des Erfüllungsorts, die auch nicht etwa mündliche Nebenabreden weglassen, naturgemäß keinen Vertragsantrag enthalten können. Denn welcher Vertrag sollte angeboten werden? Der Bestä-

[112]) R.G. in J.W. 1925 S. 405; im Recht 1924 Nr. 940 und Nr. 1327.

tigende erwartet keine Antwort, der Empfänger braucht ihr keine Beachtung zu schenken, ohne sich dabei etwas zu vergeben. Solche Schreiben können eine Bestätigung im Sinne von § 141 B.G.B. enthalten, einen Verzicht auf bekannte Anfechtungsmöglichkeiten, aber sie müssen es nicht. Ihre Bedeutung liegt dann lediglich im Beweisrecht. Sie sind Beweisurkunden für Abschluß und Inhalt des bestätigten Vertrags. Für sie gilt die tatsächliche Vermutung von der Vollständigkeit und Richtigkeit von Urkunden mit der prozessualen Folge, daß dem Empfänger bei Bestreiten von Abschluß oder Inhalt die Last der Gegenbeweisführung aufgebürdet wird. Praktisch wird bei derartig präzisen Schreiben ein Konflikt zwischen den Parteien gar nicht entstehen, da Streitstoff faktisch nicht gegeben ist. Möglich sind solche Vertragsbestätigungen nur als wahre Bestätigungen.

Anders dagegen ist es bei vermeintlichen Vertragsbestätigungen und bei solchen wahren, welche vom mündlich Vereinbarten Abweichungen enthalten, sei es, daß sie das Hauptgeschäft abändern, ergänzen, kürzen oder anders als bei der persönlichen Aussprache interpretieren, kurz, wenn sie die einseitige Auffassung des Bestätigenden vom Geschäft bekunden. Hier will der Bestätigende, daß der Vertrag so zustandegekommen sein soll, wie er ihn darlegt, und er erwartet eine Aeußerung des Gegners. Das ist dann ein echter Vertragsantrag. Der rechtliche Zweck dieses Antrags und damit des angetragenen Vertrags kann ein Zweifacher sein: entweder sollen durch den herbeizuführenden Vertrag materiellrechtliche Wirkungen erzielt werden, oder nur prozessuale. Im ersten Fall dient das Bestätigungsschreiben der Rechtserzeugung, im zweiten lediglich Beweiszwecken. Man redet daher von konstitutivem und deklaratorischem Inhalt der Bestätigungsschreiben. Wir betrachten zunächst den Regelfall, den Antrag mit konstitutiver Tendenz.

Der angetragene Vertrag soll die Maßgeblichkeit des Bestätigungsschreibens derart festlegen, daß keine Partei sich darauf berufen kann, die früheren Verhandlungen hätten nicht zum Abschluß geführt,[113]) und regelmäßig, das Bestätigungsschreiben weiche inhaltlich von den Vorverhandlungen ab. Zweck ist also Sicherstellung vor dem Einwand, es sei überhaupt kein Vertrag durch die früher geführten Verhandlungen zustandegebracht, ferner, es sei das und das nicht oder anders ausdrücklich besprochen worden. Diese rechtserzeugende Kraft des Bestätigungsschreibens soll bei vermeintlicher Vertragsbestätigung, wenn also in Wahrheit gar kein Vertrag besteht, einen solchen begründen, bei der wahren Bestätigung den geschlossenen abändern, indem schon geregelte Punkte anders geregelt werden, oder kürzen, indem besprochene Teile weggelassen werden, oder

[113]) R.G. in J.W. 1910 S. 649 und 1911 S. 976.

ergänzen, indem nicht Vereinbartes ausgeführt wird, oder gar eindeutig auslegen, indem die vom Bestätigenden ins Auge gefaßte Deutung im Gegensatz zu der mehrfachen Auslegungsmöglichkeit klar zum Ausdruck gebracht wird. Würde also früher ein Erfüllungsort nicht festgesetzt und war somit der gesetzliche nach § 269 B.G.B. automatisch Vertragsbestandteil geworden, oder hat man einen solchen vereinbart, so liegt ein Antrag auf Abänderung des Vertrags vor, wenn im Bestätigungsschreiben ein anderer Erfüllungsort, regelmäßig zugunsten des Bestätigenden genannt ist. Hat man aber absichtlich solche Nebenfragen späterer Regelung vorbehalten, so ist, wenn das mündlich Vereinbarte schon rechtsgültig sein sollte, was Tatsache ist, ein Ergänzungsantrag gestellt und, wenn die Zweifelsregelung des § 154 I B.G.B. zum Zuge kommt, ein Generalbegründungsantrag, da dann die Vertragsbestätigung eine vermeintliche ist. Würde bei den Vorbesprechungen ein bestimmter Erfüllungsort, z. B. Wohnsitz des Bestätigenden, genannt, und führt der Bestätigende diesen Punkt durch den Zusatz „für beide Teile" näher aus, so handelt es sich dabei um einen Interpretationsantrag. — Auf dieser materiellen Bedeutung beruht dann selbsttätig die prozessuale Wirkung, daß ein Gegenbeweis gegen das Bestätigungsschreiben nicht zuzulassen ist, soweit die rechtserzeugende Kraft reicht.

Zur Erkenntnis dessen, daß die rechtserzeugende Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens dem Begriff der Bestätigung, wie sie im B.G.B. in Erscheinung tritt, nicht wesensfremd ist, mag einer kurzen Betrachtung dienen. Wo die Bestätigung im Gesetz auftritt, so besonders in den §§ 141, 144 B.G.B., ist der Begriff nicht näher entwickelt, sondern vorausgesetzt. Er läßt sich bestimmen als die Erklärung des Willens, ein schon vorgenommenes Rechtsgeschäft bestehen zu lassen oder rechtsgültig zu machen.[114]) Der Bestätigende verzichtet also auf die Geltendmachung der ihm bekannten Einwendungen gegen die Gültigkeit des Hauptgeschäfts. Diese eigentliche Natur der Bestätigung kommt bei der Anfechtbarkeit in § 144 klar zum Ausdruck, während sie im Falle der Nichtigkeit des § 141 infolge deren grundsätzlicher Unheilbarkeit[115]) verdeckt ist durch das Erfordernis der Neuvornahme des Geschäfts mit dem wesentlichen Inhalt des alten. Doch kommt die Verzichtsnatur durch die Bestimmung des § 141 II wieder zum Durchbruch, welche im Zweifel eine obligatorische Rückwirkung auf den Zeit-

[114]) R.G.R.K. I Anm. 1 zu § 141.

[115]) R.G. 61 S. 264. Hier herrschte unter den Parteien nur ein nachträgliches Einverständnis über den Gegenstand des nach § 313 B.G.B. wegen Formmangels nichtigen Kaufvertrags, keineswegs aber über die einzelnen Verkaufsbedingungen. Letzteres ist jedoch für eine solche Bestätigung wesentlich. J.W. 1903 Beil. 42, 17; J.W. 1906 S. 161.

punkt des früheren nichtigen, jetzt bestätigten Vertragsschlusses anordnet. Diese Verzichtswirkung ist aber der negative Ausdruck für die rechtsschaffende Funktion der Bestätigung. Nur ist sie beim Bestätigungsschreiben umfassender. Während bei der Anfechtbarkeit die Bestätigung in Form einer einseitigen Willenserklärung zum Ausdruck gebracht wird, ist sie bei der Nichtigkeit schon in ein vertragliches Gewand gekleidet. Das ist aber nicht der einzige Fall einer vertraglichen Bestätigung. Auch sonst kann sie Gegenstand eines Vertrages sein. Und das ist sie beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben mit der Wirkung, welche im Gesetz festgelegt ist, die Gültigkeit eines früheren Rechtsgeschäfts vertraglich zu sanktionieren. Das ist aber nicht die einzige Wirkung. Kraft der Vertragsfreiheit ist der Wirkungskreis ein erweiterter. Nicht bloß Einwendungen wegen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit eines zustandegekommenen Vertrages, sondern auch solche, die sich einmal gegen das Zustandekommen des Vertrags überhaupt richten und zum andern eine Abweichung vom früher Vereinbarten bemängeln. Und zwar soll es gleichgültig sein, ob den Parteien die Verschiedenheit infolge Kenntnis der früheren Verhandlungen bekannt ist oder nicht. Das ist hervorzuheben, weil bei der Anfechtbarkeit die Bestätigung in ihrer Eigenschaft als Verzicht notwendig die Kenntnis der Anfechtungsmöglichkeit, wenigstens aber die sichere Kenntnis des Anfechtungsgrundes voraussetzt.[116]) Hauptzweck, und das ist für alles Folgende festzuhalten, des konstitutiven Bestätigungsschreibens ist eben: Zweifel infolge von Unklarheiten und daraus entstehenden Streit über Vertragsnatur und auch Inhalt der früheren Verhandlungen auszuschließen. Den angetragenen Vertrag kann man Bestätigungsvertrag nennen.[117])

Ein solcher Vertrag ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, verdankt aber seine Möglichkeit neben dem Parteiwillen dem § 305 B.G.B. und der Vertragsfreiheit. An eine in einem gemeinschaftlichen Vertrag zusammengefaßtes beiderseitiges Schuldanerkenntnis im Sinne von § 780 B.G.B. zu denken, geht nicht an, da beide Verträge, Bestätigungsvertrag und Schuldanerkenntnis, naturverschieden sind. Beim Anerkenntnis wird ein neues verpflichtendes Schuldverhältnis geschaffen, welches über das Grundgeschäft hinausgehoben, von ihm losgelöst, abstrahiert ist. Das Kausalgeschäft bleibt, hinzutritt ein zweiter abstrakter Schuldgrund. Durch die konstitutive Wirkung des Bestätigungsvertrags aber wird lediglich das Grundgeschäft selbst betroffen; bei der vermeintlichen Vertragsbestätigung wird es erst begründet, bei der wahren inhaltlich abweichenden ge-

[116]) R.G.R.K. I Anm. 1 zu § 141; R.G. 68 S. 398; 69 S. 412.

[117]) Uebereinstimmend Siller a. a. O. S. 291.

ändert. Der Bestätigungsvertrag ist das Kausalgeschäft selbst, ganz oder teilweise.

Wie wir sahen, kann der Bestätigungsvertrag noch einen anderen Charakter besitzen: es soll lediglich eine Beweisurkunde über den Vertragsschluß geschaffen werden, welche die auf prozessualem Gebiete liegende Wirkung hat, daß denjenigen die Beweislast trifft, welcher eine Abweichung des früher Verhandelten vom Bestätigungsschreiben behauptet. Die Bedeutung des Bestätigungsschreibens als reinen Beweismittels haben wir schon oben beim vertragstreuen Bestätigungsschreiben kennengelernt, welches nicht als Offerte anzuerkennen ist. Die allgemeine Meinung nimmt nun auch bei dem nicht mit der früheren Vereinbarung übereinstimmenden Bestätigungsschreiben an, daß es sich bei ihm nicht um einen Vertragsantrag handelt, sondern um eine rechtsgeschäftlich belanglose kaufmännische Korrespondenz mit Beweisfunktion im Prozeß für den Abschluß des Vertrags, während für dessen Inhalt die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde Beweis erbringen soll.[118]) Es ist dies eine Umkehrung der Beweislast, welche tatsächlich nicht rechtsgeschäftlich bedingt ist. Nun ist aber nicht einzusehen, warum das gleiche Schreiben mit Abweichungen vom bestätigten Geschäft bei konstitutiver Bedeutung sich als Offerte, bei deklaratorischer Funktion aber nicht als solche darstellen soll. Man darf dabei nur bedenken, daß allein die besonderen Umstände, unter denen es abgegeben wurde, diese Verschiedenheit bedingen und daß sich der Bestätigende über die Funktion gar keine Gedanken macht, daß dies vielmehr nur Sache der richterlichen Beurteilung ist. Der Bestätigende will im einen, wie im andern Fall eine Beantwortung seines Schreibens, um Gewißheit zu haben, ob seine Anschauung der Dinge der Gegner sich zu eigen macht oder nicht, eine Einstellung, die angesichts der Abweichungen des Bestätigungsschreibens erklärlich ist. Wir gelangen also zu der Schlußfolgerung: in beiden Fällen wird offeriert; der Unterschied der Offerte liegt in ihrer Zweckbestimmung, welche die Sachlagerung in konkreto bedingt. Damit kommt man zur Annahme eines Beweisvertrags,[119]) welcher durch Bestätigungsschreiben angeboten wird. Der Empfänger soll dem Absender etwas an die Hand geben, was als Beweis genügen soll. Durch die Annahme des Bestätigungsschreibens verspricht er ihm stillschweigend, den Beweis des Mangels einer Vereinbarung überhaupt oder den anderslautenden früherer Abreden durch Klagleugnen, bezüglich des Erfüllungsorts durch Erhebung der Unzuständigkeitseinrede, nicht von ihm zu fordern, sondern keine andere Ver-

[118]) Staub IV Anh. zu § 372 Anm. 38 S. 796/797.

[119]) So Siller a. a. O. S. 289.

einbarungen geltendzumachen als den Inhalt des Bestätigungsschreibens, wenn er, der Empfänger, nicht selbst beweist, daß solche anderen Vereinbarungen getroffen und nicht fallen gelassen wurden, also noch bestehen. Will der Empfänger dann den Inhalt des Bestätigungsschreibens entkräftigen, so muß er andere Verabredungen durch Gegenbeweis erbringen.

Das Ergebnis ist dasselbe wie bei der herrschenden Anschauung, nur die rechtliche Begründung eine andere, einheitlichere. Dieser Weg ist aber nicht ganz unbedenklich. Denn ein solcher Beweisvertrag wird von Wach[120]) für unzulässig gehalten, da die Parteien über die rein zivilprozessuale, also öffentlichrechtliche und der Parteidisposition nicht unterstellte Frage der Beweislast keinen gültigen Vertrag schließen könnten.[121]) Allein diese Vereinbarung ist im Grunde genommen zivilrechtlicher Natur. Es handelt sich bei dem sog. Beweisvertrag lediglich um eine aufschiebend bedingte vertragliche Aufhebung bezw. auflösend bedingte vertragliche Abänderung des tatsächlich zustandegekommenen Rechtsgeschäfts. Die aufschiebende wie auflösende Bedingung liegt in dem Beweiserbringen des Empfängers für die geltendgemachten Mängel. Beim Beweis mangelnder Vertragsnatur wird das Rechtsgeschäft überhaupt beseitigt, beim Dartun der Abweichung des Bestätigungsschreibens vom Vereinbarten lediglich der abweichende Inhalt desselben.

Ein solcher Beweisvertrag kann naturgemäß nur bei der Annahme einer Vertragsbestätigung zustandekommen, und auch hier nur bei einer wahren. Denn, wenn das Bestätigungsschreiben Beweis erbringen soll für das Bestehen und den Inhalt eines Vertrages, so ist notwendige Voraussetzung, daß ein solcher überhaupt vorhanden ist. Eine Angebotsbestätigung kann niemals deklaratorisch wirken. Sie ist immer ein Stück des Hauptvertrags selbst, nicht ein Angebot zu einem zweiten, der unter Umständen auf Bestand und Inhalt des ersten einzuwirken vermag.

Wann ein Beweisvertrag, wann ein Bestätigungsvertrag zustandekommt, das ist durch Auslegung unter Berücksichtigung aller dazu dienlichen Umstände zu ermitteln. Zu aller Regel bezweckt das kaufmännische Bestätigungsschreiben endgültige Klarheit und Sicherheit über den geschaffenen Rechtszustand. Es soll ein Definitivum geschaffen werden, es soll Schluß gemacht werden mit der Möglichkeit unliebsamer Streitigkeiten. Mit einer provisorischen Regelung ist dem kaufmännischen Verkehr nicht gedient, welche Tür und Tor offenläßt zum Angriff auf Fundament und Aufbau eines abgeschlossenen Rechts-

[120]) A. a. O. S. 216—238.

[121]) Vgl. auch Bülow a. a. O. S. 1—48.

geschäfts; das ist die verkehrsübliche und daher gemäß § 346 H.G.B. vom Richter zu beobachtende Auffassung der Kaufleute.[122]) Die schwächere Wirkung des bloßen Beweisvertrags ist die Ausnahme. Sie muß durch den Nachweis besonderer Umstände dargelegt werden. Ein verhältnismäßig gutes Kriterium ist gegeben, wenn die Umstände möglichst die Gewähr bieten, daß im Bestätigungsschreiben der gemeinsamen, beiderseitigen Auffassung der Kontrahenten Ausdruck verliehen ist und nicht bloß der einseitigen, individuellen des Bestätigenden.[123]) Daß dieser Gesichtspunkt bei einem in zeitlichem und räumlichem Abstand geschriebenen Bestätigungsschreiben ganz in Wegfall kommt, darf nicht ohne weiteres angenommen werden.[124]) Denn es gibt auch hier Fälle, die auf rechtsbekundende Bedeutung schließen lassen. So, wenn der Vertrag mündlich in allen Einzelheiten, nicht bloß in den Hauptpunkten, wie das allgemein üblich ist, durchgesprochen und festgelegt wurde. Auch hier kann man erwarten, daß das Bestätigungsschreiben Spiegelbild des beiderseitigen Wollens ist. Doch was heißt in allen Punkten? Ist der Erfüllungsort im Gegensatz zu sonstigen vertraglichen Nebenpunkten unerwartet geblieben, so wird man die Vollständigkeit angesichts des § 269 nicht in Frage stellen dürfen. Die Erfüllungsortsklausel im Bestätigungsschreiben ist nicht als rechtserzeugender Abänderungsantrag aufzufassen.

## Die Annahme des Bestätigungsschreibens.

### § 8.

Im Folgenden wird nur vom Zustandekommen des Bestätigungsvertrages gehandelt, wobei aber zu beachten ist, daß die Annahme eines konstitutiven Bestätigungsschreibens auf die gleiche Weise erfolgt, wie die eines rechtsbekundenden. Bei beiden Verträgen gilt Entsprechendes.

Das Zustandekommen des Bestätigungsvertrags richtet sich nach den gesetzlichen Regeln. Grundsätzlich bedarf der Vertragsantrag der Annahme durch eine dem Antragenden gegenüber abzugebende ausdrückliche Erklärung. Davon macht § 151

---

[122]) Berliner Gutachten Bd. III S. 458 Nr. 2446.

[123]) So bringt das R.G. in L.Z. 1917 S. 853 Nr. 4 als Beispiel hiefür den Fall, daß ein Bestätigungsschreiben im unmittelbaren Anschluß an die mündliche persönliche Vereinbarung zwischen den Parteien ausgehändigt wird. Es mag dann gerechtfertigt sein, in der sozusagen gemeinsam errichteten Urkunde die Wiedergabe nur des mündlich Vereinbarten zu erblicken; vergleiche auch Seuff. A. 80 S. 137.

[124]) Bad. Rpr. 1901 S. 301 und Seuff. Arch. 73 S. 150.

B.G.B. die Ausnahme, daß die Annahmeerklärung unter gewissen Voraussetzungen nicht empfangsbedürftig zu sein braucht, also dem Antragenden nicht ausdrücklich erklärt sein muß. Der Annahmewille muß aber auch in diesem Fall nach außen erkennbar in die Erscheinung treten durch Betätigung in irgendeiner Form, etwa durch eine schlüssige Handlung, z. B. Beginn mit der Vertragserfüllung. Es genügt nicht eine reine Passivität des Annehmenden, der Abschlußwille muß vielmehr in einem antragsmäßigen Tun zum Ausdruck gebracht werden. Was aber die bloße Untätigkeit, das Nichtreagieren, das Unterlassen einer Willenskundgebung durch ausdrückliche Erklärung oder durch irgendeine Betätigung, kurzweg das Stillschweigen grundsätzlich bedeutet, das haben wir oben gesehen, desgleichen, daß das Gesetz in besonderen Fällen, die ausdrücklich geregelt sind, das Zustandekommen von Verträgen ohne irgendeine Erklärung des Willens, ja ohne Rücksicht auf das tatsächliche Vorhandensein eines solchen, wie in dem Schulbeispiel des § 362 H.G.B., bestimmt hat. Man sagt dann, das Schweigen des Antragsempfängers gelte als Annahme. Dabei bleibt zu beachten, daß diese fiktive Konstruktion nur ein Ersatz für eine wirkliche Annahmeerklärung ist und die Tatsache bestehen läßt, daß in Wirklichkeit ein Vertrag ohne Annahme zustandekommt. Das ist später für die Regelung der Beweislast von Wichtigkeit. Nun haben aber dem Verkehr die ausdrücklich normierten Fälle solcher Fiktionen nicht genügt, sondern neue Bedürfnisse haben sich geltendgemacht. So in erster Linie beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben, welches in diesem Punkt die wichtigste angeknüpfte Rechtsfrage zur Diskussion stellt: das Stillschweigen auf seinen Empfang. Welche Bedeutung kommt ihm zu?

Den Schlüssel zur Lösung dieser Frage gibt § 346 H.G.B. an die Hand, welcher bestimmt, daß unter Kaufleuten in Ansehung und Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist. Die gemeine Meinung in Rechtslehre und Rechtsprechung bringt nun auf das Verhältnis von Bestätigendem und Bestätigungsempfänger eine allgemeine Uebung im kaufmännischen Verkehr, welche sich als Handelssitte oder Usance im Sinne von § 346 darstelle, zur Anwendung. Danach erzeuge der Zugang eines Bestätigungsschreibens unter besonderen Umständen eine Antwortpflicht des Empfängers, deren Nichtachtung das Einverständnis mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens, also die Annahme des Vertragsantrags, unwiderleglich zum Ausdruck bringe.[125]) Für alle

[125]) Staub III Anh. zu § 372 Anm. 38 ff.; Koenige § 346 4 b; Dür.-Hachenbg. II § 346 Anm. 13.

spreche die klassische Entscheidung in R.G. 54 S. 176 ff.[126]). Dieses Ergebnis entspricht der Interessenlage und ist die Folge eines billigen Ausgleiches der beiderseitigen Bedürfnisse in Uebereinstimmung mit den Anschauungen des Verkehrs. Mit welcher juristischen Begründung man aber im Einzelnen dazu kommt, wird nicht näher gesagt. Man begnügt sich jeweils mit dem Satze, im Handelsverkehr könne das Schweigen auf ein vertragliches Anerbieten unter besonderen Umständen als Zustimmung gelten. Die verschiedenen Konstruktionsversuche sollen deshalb gemacht werden, wobei auf §§ 2 und 3 der Arbeit grundlegend zu verweisen ist. § 346 H.G.B. dient der Auslegung und Ergänzung von Willenserklärungen, der Gestaltung ihres Inhalts durch das Leben.[127]) Da Verträge, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt, nur durch gegenseitige übereinstimmende Willenserklärungen entstehen können, muß auf seiten des Empfängers eine Willenserklärung vorliegen. Die in § 346 genannte Unterlassung, als welche das Stillschweigen zu betrachten ist, muß also in konkreto eine Willenserklärung sein. Nun ist es möglich, wie oben festgestellt wurde, daß das Schweigen eine Willenserklärung sein kann, aber nur, wenn im Einzelfall die Voraussetzungen für eine solche, vor allem die Subjektiven gegeben sind. Die Verkehrssicherheit verlangt jedoch, daß gleichgelagerte Fälle der Bestätigungsschreiben gleiche Rechtsfolgen haben und daß die Entscheidung im Einzelfall nicht vom Vorhandensein oder Mangel des subjektiven Erfüllungstatbestandes beim Empfänger abhängen darf, daß man sonach in jedem Fall eine Willenserklärung haben müsse. Man hat also kurz folgende Rechtslage: Schweigen des Empfängers als mögliche Willenserklärung. Postulat der Verkehrssicherheit; Schweigen gilt stets als Erklärung. Und auf der anderen Seite nach herrschender Meinung die Usance, daß Schweigen auf Bestätigungsschreiben als Zustimmung gelte, und die Tatsache, daß die Usance keine Willenserklärung fingieren, sondern nur eine vorhandene im Weg der Auslegung ergänzen, gestalten kann, da eine Fiktion nur durch Rechtsvorschrift ermöglicht wird. Scheinbar einfach liegt die Lösung für diejenigen, welche zur Entstehung einer Willenserklärung die subjektive Tatsache nicht verlangen, denen der äußere Anschein einer Wil-

[126]) Hier handelte es sich um den Abschluß eines Kaufvertrages auf Lieferung von 3000 kg Wollgarn. Auf Grund dieses Abschlusses richtete der Kläger am gleichen Tag ein Schreiben an den Beklagten folgenden Inhalts: „Hiermit bestätige ich Ihren Auftrag auf 3000 kg 2 f 48 er aa Marke C und S". Dieses Schreiben händigte der Kläger dem Beklagten ein, der es ohne Widerspruch entgegennahm. Später verlangte der Beklagte auf Grund des Kaufvertrags Lieferung von 1000 kg in 2 f 64 er Feinheit. Kläger klagt dagegen auf Kaufpreis für 3000 kg Garn 2 f 48 er Feinheit. Mit Recht.

[127]) Staub III § 346 Einleitg. 1; Lehmann-Ring II § 346 Nr. 4 und 5.

lenserklärung genügt, da das Verhalten für den beteiligten Dritten den Schluß auf den entsprechenden Geschäftswillen rechtfertigt. So nach der objektivistischen Auffassung der Willenserklärung. Das Schweigen dokumentiert sich danach immer als eine Willenserklärung und ist eine solche, welche unmittelbar durch § 346 H.G.B. und § 157 B.G.B. der Auslegung nach Treu und Glauben und der Handelssitte fähig ist. Zutreffend ist diese objektivistische Ansicht von ihrem Standpunkt aus nur insoweit, als der Empfänger von dem Bestätigungsschreiben Kenntnis genommen hat. Dann ist nicht bloß sein Verhalten schlüssig, sondern es liegt auch der Handlungswille vor, welcher, wie oben festgestellt wurde, in jedem Fall für eine Willenserklärung notwendig ist. Er ist sich seiner Untätigkeit bewußt; sein Wollen ist auf die Passivität gerichtet. Das ändert sich aber dann, wenn der Empfänger vom Bestätigungsschreiben keine Kenntnis genommen hat. Auch hier nimmt das R.G.[128]) Einverständnis durch Stillschweigen an. Es mag zugegeben sein, daß das Schweigen auch in diesem Fall noch schlüssig ist. Der erforderliche Handlungswille ist aber nicht gegeben. Der Empfänger kann sich seines Schweigens gar nicht bewußt sein, er kann es gar nicht auf eine Untätigkeit abgesehen haben, da ihm jede Vorstellung mangelt. Eine nach § 346 auszulegende Willenserklärung liegt also gar nicht vor. Und doch ist das Ergebnis der Annahmewirkung des Schweigens im Falle verschuldeter Unkenntnis der Verkehrsanschauung entsprechend. Wir sehen, daß die objektive Auffassung in diesem Punkt bei der Konstruktion versagt. —

Auch die Anhänger der subjektivistischen Auffassung der Willenserklärung finden mit der Usance eine Lösung durch Annahme der falschen, oben widerlegten Fiktion, welche allgemein in § 146 B.G.B. hineingelegt wird, daß nämlich das Schweigen auf eine Offerte als Ablehnung gelte, und mit der sie dem Empfänger eine Willenserklärung schlechthin unterstellen. Dann wäre eben beim Bestätigungsschreiben eine Ausnahme von dieser Regel zu machen und die vom Gesetz fingierte Erklärung unter dem Einfluß der Handelssitte und Treu und Glauben als Annahme zu deuten.

Lehnt man diese Auffassung ab, so muß man auf anderem Wege zu der Annahme einer Willenserklärung gelangen. Notwendig ist ein Rechtssatz, welcher schlechthin unterstellt, daß der Empfänger des Bestätigungsschreibens sich mit seinem Schweigen erklärt. Die Handelssitte, welche als Spezialgebiet der allgemeinen Verkehrssitte des § 157 B.G.B. gilt, ist nach herrschender

[128]) R.G. 103 S. 401. In diesem Fall ist das Bestätigungsschreiben weder an die Geschäftsführer noch an die zuständige Abteilung des Beklagten gelangt, sondern von einem Angestellten unterschlagen worden.

Ansicht keine Rechtsquelle, keine Rechtsnorm, welche selbständig neben gesetztem Recht und Gewohnheitsrecht steht, sondern lediglich eine soziale Norm, in welcher die Gewohnheiten der Kaufleute zum Ausdruck gelangen.[129]) Sie ist auch nicht identisch mit Handelsgewohnheitsrecht, denn es fehlt ihr an der opinio necessitatis, an der allgemeinen Rechtsüberzeugung, von der Gewohnheitsrecht getragen sein muß.[130]) Wer aber dem entgegen annimmt, daß die Handelsgewohnheiten und -Bräuche nicht bloße Erfahrungstatsachen sind, sondern Rechtssätze, der kann schlechterdings sagen: der Handelsbrauch bestimmt, daß Schweigen auf Bestätigungsschreiben unter besonderen Umständen als Zustimmung gilt. Damit trifft die Fiktion beides mit einem Schlag, Existenz der Willenserklärung und ihren Gehalt mit der positiven Natur der Annahme. Stellt man sich aber auf den Boden der allgemeinen Meinung, daß die Handelssitte keine Rechtsnorm ist, so bleibt nur ein letzter Weg übrig, einen solchen unerläßlichen Rechtssatz zu finden, welcher das Schweigen unwiderleglich als Willenserklärung gelten läßt. Er kann mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung nur in einer gewohnheitsrechtlichen Bildung gefunden werden. Und zwar entweder so, daß man sagt, es ist nicht bloß ein allgemeiner Handelsbrauch, daß das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben als Annahme gilt, sondern ein Handelsgewohnheitsrecht, zu dem sich die Usanze verdichtet hat. Damit ist eine Rechtsnorm geschaffen, welche diese Fiktion rechtfertigt und rechtliche Bedenken nicht mehr auszulösen vermag. Diesen Weg hat schon Gareis außerhalb seiner unrichtigen Fakturentheorie für die stillschweigende Entgegennahme der Schlußnote gewiesen.[131]) Er spricht auch hier von der gewohnheitsrechtlichen analogen Ausdehnung der kaufmännischen Rügepflicht in § 378 H.G.B. auf gleiche Rechtslagen, von einer sukzessiven Rechtserneuerung. Man braucht aber seine Begründung nicht, sondern stützt sich lediglich auf die Uebung und das Bewußtsein ihrer Rechtmäßigkeit bei der Kaufmannschaft. Allerdings erfährt dieses Gewohnheitsrecht, welches sich aus der Usance herausgebildet hat, eine Einschränkung durch Treu und Glauben, wie auch die Handelssitte als seine Grundlage nur in dem von diesen Begriffen gesteckten Rahmen zu wirken vermag. Denn es gibt Fälle, in denen Schweigen nicht als Zustimmung gelten kann.

---

[129]) Staub, Allgem. Einl. Anm. 30 a, 31 ff.; Stein-Jonas I § 293 II und § 549 II; Vgl. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte S. 16 ff.; Schreiber, Handelsbräuche S. 48; R.G.R.K. § 157 Anm. 1; R.G. 49 S. 162; 55 S. 377.

[130]) So Danz a. a. O. S. 15, ferner in Iherings Jahrb. 38 S. 454 und 54 S. 116, übereinstimmend Dowe in J.W. 1916 S. 368.

[131]) Daß diese gleiche Rechtswirkungen auszulösen vermag wie das Bestätigungsschreiben, ist später noch zu sehen.

Die entwickelte Ansicht steht im Widerspruch zu der des R.G., welches in allen einschlägigen Entscheidungen immer von den im Handelsverkehr herrschenden Gewohnheiten und Gebräuchen, also von der Handelssitte redet, nicht von einem Gewohnheitsrecht.[132]) Nur in einem Erkenntnis[133]) spricht es von „der allgemein anerkannten Rechtsnorm" mit der besagten Wirkung. Ob das ein unbewußtes Vergreifen im Ausdruck ist oder ein Fortschreiten zu der Ansicht der Gewohnheitsrechtsbildung, bleibt dahingestellt. Jedenfalls ist die Entscheidung geeignet, die hier vertretene Auffassung zu stützen.

Welchen Weg der rechtlichen Konstruktion man auch geht, überall wird eine Kritik am Platze sein. Diese Mängel dürfen aber nicht hindern, das Ergebnis zu billigen, in der Erkenntnis, daß wichtige Lebensinteressen vor kleinlicher Begriffsjurisprudenz nicht Halt machen dürfen.

Tritt zu der Fiktion im Einzelfall wirklich der entsprechende subjektive Erklärungstatbestand, was in der Mehrzahl der Fälle so sein wird, dann liegt eine wahre Willenserklärung vor, so daß lediglich ihr Inhalt gewohnheitsrechtlich geformt zu werden braucht. Von Bedeutung wird diese Kumulation von Erklärung und Fiktion bei der Frage der Anfechtung der fingierten Annahmeerklärung.

Einzugehen ist nun darauf, an welche Voraussetzungen das angenommene Handelsgewohnheitsrecht geknüpft sein muß. Gleiches gilt, ob man den Grund der Annahmewirkung des Stillschweigens allein in der Usance oder einem entsprechenden Gewohnheitsrecht findet. Denn dieses Gewohnheitsrecht ist nur eine Fortbildung der Usance. Staub,[134]) welcher den Grundsatz, daß Schweigen auf einen Vertragsantrag dessen Ablehnung bedeute, auch beim Bestätigungsschreiben aufstellt, läßt bei diesem unter vier Voraussetzungen eine Ausnahme zu. Einmal muß das Bestätigungsschreiben genügend bestimmt lauten, in sich klar und widerspruchslos sein.[135]) Ferner verlangt er Vollständigkeit des Bestätigungsschreibens und seine Geeignetheit, die Absicht des Bestätigenden erkennen zu lassen, daß in ihm alles, was vereinbart ist, vollständig und als ausschließliche Grundlage der speziellen geschäftlichen Beziehung zusammengefaßt sei.[136]) Sonst könne die stillschweigende Entgegennahme nicht die Wirkung der Abänderung usw. des zuvor Verhandelten haben. Der Vertragswille müsse dann anderweitig ermittelt werden, soweit er nicht im Bestätigungsschreiben zum Ausdruck gekommen sei.

[132]) Insbesondere in R.G. 95 S. 242; 54 S. 176 ff.

[133]) Vgl. L.Z. 1917 S. 794 Nr. 15.

[134]) Staub III, Anh. zu § 372 Anm. 38 b.

[135]) Vgl. R.O.H.G. 15 S. 96; R.G. Holdheims M.-Schr. 1905 S. 83.

[136]) Vgl. R.G. Recht 1923 Nr. 914.

Dieses zweite Erfordernis ist aber unbegründet. Es wird nämlich durch das Verlangen seiner Daseinsnotwendigkeit aus der Regel des geschäftlichen Lebens, welche die inhaltliche Vollständigkeit des Bestätigungsschreibens bildet, schlechthin eine wesentliche Voraussetzung für dessen konstitutive Wirkung geschöpft. Es leuchtet aber nicht ein, warum ein Schreiben, das ein Geschäft oder unverbindlich gebliebene Vertragsbesprechungen nur unter allgemeiner Kennzeichnung bestätigt, nicht ebenfalls ein Bestätigungsschreiben sein soll, welches bei Annahme eben nur die Wirkung ausübt, daß der Bestätigungsempfänger den Geschäftsabschluß als solchen nicht mehr zu bestreiten vermag. Enthält es augenscheinlich nur einen Teil dessen, was als Vertragsinhalt vorgesehen ist, so ist wenigstens dem Empfänger die Möglichkeit der Behauptung genommen, daß dem Bestätigungsschreiben widersprechende Bestimmungen vereinbart worden seien. Der übrige Inhalt ist allerdings aus dem früher Verhandelten zu ermitteln. Der Erfüllungsort kann also auch durch Annahme des unvollständigen Bestätigungsschreibens abweichend vom gesetzlichen vereinbart werden.[137]) Dritte Voraussetzung ist die Schlüssigkeit des Bestätigungsschreibens, d. h. das Schweigen auf die Willenserklärung des andern Teils hat nur dann rechtsgeschäftliche Bedeutung, wenn es objektiv nach der Sachlage und der Verkehrsanschauung die Schlußfolgerung rechtfertigt, daß es als Billigung der Erklärung gedacht werden kann. Befremdlich wirkt eine Entscheidung des R.G.,[138]) in welcher objektiv und subjektiv Gesichtspunkte in unzulässiger Weise vermengt werden. Ist objektiv die Schlüssigkeit gegeben, so ändern an der Bedeutung des Schweigens Willensmängel, also ein Irrtum, nichts. Der Empfänger muß sich wohl, gleichgültig ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht, als einverstanden behandeln lassen. Ob er allerdings an diese Annahme unlösbar gebunden ist, das ist eine andere Frage, welche unten bei der Anfechtung zu prüfen ist. Jedenfalls darf man das Problem der Anfechtung auf dem Gebiet des Bestätigungsschreibens auf diese Weise nicht zu umgehen versuchen. — Als letzte und wichtigste Voraussetzung werden jeweils besondere Umstände verlangt, welche nach Treu und Glauben und nach Handelsbrauch sofortige Antwort erheischen. Diese Umstände müssen so sein, daß der Empfänger erkennen kann, der Bestätigende verlasse sich darauf, daß der

[137]) In diesem Sinn O.L.G. Kiel, Schl.-Holst. Anz. 1904 S. 327.

[138]) R.G. 97 S. 191, wonach die Möglichkeit solcher Schlußfolgerung entfällt, wenn der Empfänger der Meinung war, und nach den zugrundeliegenden Verhandlungen ohne Verschulden sein konnte, daß das Bestätigungsschreiben sich inhaltlich mit seiner Auffassung decke. Schweige also der Empfänger eines Bestätigungsschreibens, weil er irrtümlich meine, daß der Inhalt des Schreibens sich mit seinem Willen decke, so müsse er sich nicht als einverstanden behandeln lassen.

Inhalt seiner Bestätigung im Falle des Stillschweigens in Ordnung gehe, weil er danach seine Anordnungen treffen werde und deshalb baldige Klarheit über die Lage haben müsse.[139]) Solche besonderen Umstände liegen z. B. in der Mündlichkeit oder Fernmündlichkeit der vorangegangenen Abmachungen, im telegraphischen Verkehr und im Verkehr mit Vertretern des bestätigenden Kaufmanns, in dem guten Glauben des Bestätigenden bei vermeintlicher Vertragsbestätigung, überhaupt in dem ersichtlichen Zweck der Zweifelsbeseitigung.

Tatsächlich ist aber das Vorliegen dieser geforderten besonderen Umstände die Regel. Nach der Erfahrung des Lebens ergeht im gewöhnlichen Geschäftsverkehr überhaupt kein Bestätigungsschreiben, ohne daß ein solcher Umstand gegeben ist, welcher gemäß dem Bestätigungszweck der Zweifelsbeseitigung Antwort verlangt. Wenn man an die These gebunden ist, daß Schweigen im allgemeinen auf Offerte Ablehnung bedeutet, dann ist die Staub'sche Ausnahmetheorie notwendig. Lehnt man aber wie hier diese Ansicht ab, so wird man der Erscheinung des Lebens gerechter, wenn man für alle Bestätigungsschreiben den Grundsatz an die Spitze stellt: Schweigen auf Bestätigungsschreiben, welche einen Vertragsantrag enthalten, gilt nach der in diesem Fall zum Gewohnheitsrecht gewordenen Handelssitte des § 346 H.G.B. als Annahme ohne Rücksicht auf das Vorliegen von besonderen Umständen.[140]) Der ohne ausdrückliche Annahmeerklärung zustandegekommene Vertrag findet sich am häufigsten in dem nach rascher, möglichst einfacher, formloser und doch klarer und sicherer Abwicklung der Geschäfte drängenden Handelsverkehr. In vielen Fällen, wo nach der Erfahrung weit häufiger mit einer Annahme als mit einer Ablehnung gerechnet werden muß und in konkreto auch nach Treu und Glauben gerechnet werden darf, ist im Handelsverkehr die Regel, daß die Annahme dem Erklärenden gegenüber ausdrücklich erklärt werden muß, zu umständlich und schwerfällig und die Bestimmung des § 151 B.G.B., daß der Annahmewille in schlüssiger Weise geäußert sein muß, zu unsicher. In solchen Fällen soll daher der Vertrag zustandekommen, wenn nicht der Antragsempfänger den Antrag innerhalb angemessener Frist ausdrücklich ablehnt. Dieser allgemeine Grund, die Selbstverständlichkeit der Annahme in der weitaus größten Zahl der Fälle, trifft im Besonderen beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben deutlich zu. Diese Erfahrung und die Erkenntnis, daß der Kaufmann bei dem Hasten und Treiben des Handelsverkehrs ein Mittel in Händen haben muß, durch Aufstellung aller Vertragspunkte völlige Eindeutigkeit

[139]) Vgl. Staub III, Anh. zu § 372 Anm. 386 S. 802.

[140]) Ebenso Plum in J.W. 1921 S. 1465; Anklang auch in der Rechtsprechung: vgl. O.L.G. 24 S. 175.

über einen Vertrag zu schaffen, sanktioniert also diesen aufgestellten gewohnheitsrechtlichen Grundsatz, wonach der Kaufmann regelmäßig seine Ablehnung ausdrücklich erklären muß, wenn er nicht mit dem ihm zugehenden Bestätigungsschreiben einverstanden ist. Dieser Grundsatz der schlechthin erfolgten Annahmewirkung des Schweigens nach Empfang eines Bestätigungsschreibens beleuchtet nun auch die oben vertretene Ansicht über die einheitliche Antragsnatur jedes eigentlichen Bestätigungsschreibens und das Zustandekommen eines Beweisvertrags, je nach der Zweckbestimmung des Antrags. Das ganze Recht des Bestätigungsschreibens erfährt in dieser Generalregel eine einheitliche Gestaltung, welche die Beachtung unter den hier eingenommenen Gesichtspunkten verständlicher macht.

Die genannte Regel ist nicht ausnahmslos. Sie findet ihre Einschränkung in der Treu- und Glaubensnorm, des § 157. Die Handelssitte des § 346 H.G.B. gilt nicht schlechthin, sondern nur unter Kontrolle von Treu und Glauben. Nur das in diesem Rahmen Usancenmäßige ist Gewohnheitsrecht geworden. Auch ist es also den allgemeinen Anschauungen über die Billigkeit gegenüber verantwortlich. Man kehrt somit den Standpunkt Staub's um und sagt: liegt das, was Treu und Glauben im Einzelfall verlangt, nicht vor, so kann die grundsätzliche Fiktion der Annahmewirkung des Schweigens nicht Platz greifen. Es gilt vielmehr die allgemeine Bedeutung des Schweigens auf eine Offerte.[141]) Treu und Glauben gebieten demnach, daß der Bestätigungsempfänger zur Vermeidung des Vertragsschlusses dann nicht zum Widerspruch genötigt ist, wenn er nach den Umständen nicht anzunehmen brauchte, der Absender werde und dürfe mit seinem Einverständnis rechnen. Die Exaktheit mündlich oder fernmündlich oder durch Vertreter geführter Verhandlungen, wie sie im Einzelfall gegeben sein kann, berechtigt den Empfänger noch nicht, die Gutgläubigkeit des Absenders ignorieren zu können, da die Art der früheren Verhandlungen ihrer Natur nach Mißverständnisse begünstigt. Es läßt sich keine Formel aufstellen des Inhalts, daß Aenderungen von wesentlichen, von Hauptpunkten im Vergleich zum früher Verhandelten unbeachtet bleiben können, solche von unwesentlichen, von Nebenpunkten aber durch Stillschweigen angenommen werden. Das R.G.[142]) hat im ersten Fall konstitutive Wirkung angenommen, wo der Vertrag vorher in allen Punkten übereinstimmend abgeschlossen worden war. Doch was bedeutet überhaupt wesentlich und unwesentlich, wo liegt die Grenze? Sicherlich fällt, für sich betrachtet, unter die Regel, wenn der Erfüllungsort zugunsten des Bestätigenden

[141]) Vgl. § 2 d. A.

[142]) Vgl. R.G. 54 S. 178; 88 S. 377 i. Verb. mit Warneyer Rechtspr. 1919 S. 72 Nr. 50.

an seinen Wohnsitz geheftet wird. Zu betonen ist aber wiederholt besonders hier, daß die Frage der Vereinbarung des Erfüllungsorts immer nur im Rahmen des Gesamtinhalts des Bestätigungsschreibens zu prüfen ist, da die Erfüllungsortsklausel mit dem Ganzen steht und fällt. Keiner ausdrücklichen Ablehnung bedarf, um aus der reichen Kasuistik einzelne Fälle herauszugreifen, ein erfundener, aus der Luft gegriffener Inhalt des Bestätigungsschreibens, mit dem dann auch der angetragene Erfüllungsort zum Fallen kommt. Nicht ablehnungsbedürftig sind weiterhin überrumpelnde Bestätigungsschreiben.[143]) Gleich liegt der Fall, wenn der Absender dem Bestätigungsschreiben arglistig einen unrichtigen Inhalt gibt,[144]) obwohl man allgemein nicht sagen kann, daß offenbar bewußte Abweichungen des Bestätigungsschreibens von den früheren Abmachungen den Empfänger schlechthin von der Rüge entbinden.[145]) Denn der Absender kann auch dann mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen dürfen, so jedenfalls bei Nennung des Erfüllungsorts. Sonst muß eben der Richter unter Würdigung der Gesamtverhältnisse eine billige Entscheidung treffen, die in abstracto nicht gegeben werden kann. Infolge mangelnder Schlüssigkeit werden nicht angenommen Bestätigungsschreiben, welche längere Zeit nach dem Vertragsschluß zugesandt werden, wenn vielleicht schon mit dessen Erfüllung begonnen worden ist, oder solche, welche schon früher ausdrücklich abgelehnt worden waren, sei es das Bestätigungsschreiben selbst oder schon das bei den früheren Verhandlungen gemachte Angebot.[146]) Desgleichen gelten unklare, widersinnige Bestimmungen nicht als angenommen.[147]) Das Gleiche gilt, wenn im Vordruck des Schreibens eine leicht zu übersehende Bemerkung enthalten ist, die gar nicht als Abänderungsvorschlag zu erkennen ist. Dieser Fall ist gerade sehr häufig bei der Bestimmung des Erfüllungsorts, welcher in formularmäßig vorgedruckten Bedingungen neben Anderem steht.[148]) Auch Vermerke an versteckten Stellen und Randnotizen bezüglich des Erfüllungsorts können unbeachtlich bleiben.[149])

Ein häufiger Fall ist auch der, daß auf der Rückseite des Bestätigungsschreibens die allgemeinen Geschäftsbedingungen des bestätigenden Kaufmanns mit der Erfüllungsortsklausel aufgedruckt oder daß diese in einem besonderen Druckformular dem Schreiben angeschlossen sind, ohne besonders im Text des Be-

[143]) R.G. 95 S. 48; Recht 1923 Nr. 914.

[144]) Vgl. L.Z. 1923 S. 344 und 1927 S. 997.

[145]) A. Mg. Adler a. a. O. S. 284.

[146]) Seuff. Arch. 73 Nr. 3 S. 3.

[147]) Gruchot 62 S. 373.

[148]) Warneyer Rechtspr. 1919 N. 26.

[149]) Bad. Rpr. 1920 S. 136.

stätigungsschreibens oder bei den mündlichen Verhandlungen erwähnt und in Bezug genommen worden zu sein. Beide Möglichkeiten sind gleich zu behandeln. Das R.G.[150]) verlangt, der Bestätigende hätte es ausdrücklich sagen müssen, da ein besonderer Hinweis nicht ersetzt werden könne durch Verwendung eines Briefformulars, das auf der Rückseite die allgemeinen Bedingungen enthalte. Der Empfänger könne mit Recht annehmen, daß der Bestätigende von seinen allgemeinen Bedingungen abgesehen und nur aus Unachtsamkeit ein sie enthaltendes Formular verwendet oder die Durchstreichung versehentlich oder als überflüssig unterlassen habe.[151]) Diesem Bekenntnis zu strenger Sorgfaltspflicht des Kaufmanns, welche hier gemäß der Korrelativität von Recht und Pflicht auf seiten des Bestätigenden verlangt wird, ist voll und ganz beizutreten. Die Abweichung von dem, was zu bestätigen ist, muß aus dem Inhalt des Bestätigungsschreibens klar hervorgehen, sei es, daß sie in ihm selbst enthalten ist, oder in irgendeiner Weise die außerurkundliche Ergänzung angezogen wird. Sonst liegt eine Offerte in dem gewollten Umfange gar nicht vor.[152]) Für Vermerke über den Erfüllungsort, welche sich unterhalb von Text und Unterschrift des Bestätigungsschreibens befinden, gilt das Gleiche. Auch sie sind unverbindliche Formularvermerke, die nicht als Willenserklärungen aufzufassen sind.[153])

Wenn nun im Text des Bestätigungsschreibens auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen Bezug genommen ist, damit sie zu Vertragsbestandteilen werden, die Bedingungen aber selbst dem Bestätigungsschreiben nicht beigelegt sind, so fragt es sich, ob sie und mit ihnen der in ihnen geregelte Erfüllungsort, durch die stillschweigende Annahme des Bestätigungsschreibens verbindlich werden. Staub[154]) bejaht das mit der Begründung, daß der Bestätigende seinen Willen bekanntgegeben habe nur zu seinen Bedingungen abzuschließen. Der schweigende Empfänger wolle dann eben die Gefahr laufen, ohne deren Kenntnis zu paktieren.[155]) Klar ist es, wenn die Lieferungsbedingungen

[150]) J.W. 1925 S. 779; es führt allgemein aus: „Der schriftliche Geschäftsverkehr bewegt sich vielfach in Formen und Ausdrücken, die eine mehrfache Deutung zulassen und je nach der Entwicklung des Geschäfts von ihrem Urheber in verschiedenem Sinn verwertet werden können. Dem muß unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben entgegengetreten werden. Der Handel erfordert klare und unzweideutige Erklärungen".

[151]) Für den Fall, daß ein besonderes Exemplar beigelegt ist, vgl. R.G. Urteil vom 5. Februar 1924, Aktenzeichen III 189/23.

[152]) Vgl. Titze J.W. 1925 S. 779.

[153]) So mit Recht O.L.G. Stuttgart in J.W. 1921 S. 1465; Dür.-Hachenbg. II § 346 Anm. 13 a. E.

[154]) Staub III, Anh. zu § 372 Anm. 38a S. 799 unter Berufung auf O.L.G. Dresden, Seuff. Arch. 76 S. 316.

[155]) Uebereinstimmend O.L.G. 41 S. 216.

dem Empfänger schon vor Zugang des Bestätigungsschreibens zugesandt worden waren und ihm infolgedessen eine Kenntnisnahme ermöglicht war. Dann sind sie Vertragsbestandteile geworden. Befinden sie sich aber nicht in seinen Händen, so ist die Zumutung der Verbindlichkeit trotz mangelnder Kenntnis mit Treu und Glauben nicht vereinbar. Ist im Falle der mangelnden Bezugnahme die Anforderung an die Pflicht des Bestätigenden zur Pünktlichkeit so hochgeschraubt, daß die Bedingungen nicht gelten, so hieße es hier die Nachlässigkeit eines Kaufmanns unterstützen, wollte man sich für eine Verbindlichkeit einsetzen. Dem Empfänger ist durch die gewohnheitsrechtliche Fiktion genügend aufgebürdet, so daß bei billiger Abwägung der gegenseitigen handelsüblichen Verpflichtungen und der entsprechenden Interessen die Entscheidung zugunsten des Empfängers ausfallen muß. Der Rücksicht auf die Gutgläubigkeit des Bestätigenden, der irrtümlicherweise annimmt, das Bezogene sei beigefügt, sind trotz weitgehender sonstiger Anforderungen angemessene Grenzen zu ziehen.[156])

War beim Geschäftsabschluß vom Empfänger des Bestätigungsschreibens ein Bestellschein unterzeichnet worden, in welchem die allgemeinen Lieferungsbedingungen mit Erfüllungsortsklausel enthalten waren, wurde aber in dem folgenden Bestätigungsschreiben kein Bezug auf den Bestellschein genommen, so gilt er als fallen gelassen. Beim Mangel sonstiger Vereinbarung ist dann der gesetzliche Erfüllungsort maßgebend.

Die durch den Empfang des Bestätigungsschreibens in Lauf gesetzte Frist für die Ablehnung berechnet sich grundsätzlich nach der allgemeinen Bestimmung der §§ 147 ff. B.G.B. Allerdings spricht auch hierbei wieder die Handelsübung unter der Beschränkung durch Treu und Glauben entscheidend mit. Und danach genügt die Beantwortung im regelmäßigen Geschäftsgang. Zubilligung einer Ueberlegungsfrist von einigen Tagen bei Geschäften von größerem Umfang ist angemessen. Unter Umständen kann aber auch nach der Natur des Rechtsgeschäfts eine beschleunigte Antwort nach Treu und Glauben geboten erscheinen, wenn wie bei Börsengeschäften, eilige Maßnahmen des Absenders erforderlich werden. Jedoch nicht bloß die objektive Bedeutung des Geschäfts, auch die subjektiven Verhältnisse des Empfängers spielen eine Rolle dabei.[157]) Die Entscheidung hängt jeweils vom Einzelfall ab.

Haben wir so die Bedeutung des Schweigens im Regel- und Ausnahmefall kennengelernt, so bleibt noch ein kurzer Blick

[156]) Gegen Staub vgl. Dresden Seuff. Arch. 75 S. 257 und Hamburg im Recht 1911 Nr. 1991.

[157]) So hat das R.G. in Bd. 105/388 entschieden, daß ein Großkaufmann innerhalb von 1—2 Tagen antworten müsse.

auf das Verhältnis von Bestätigungsvertrag und früher Verhandeltem, soweit diese Beziehung nicht schon aus dem dargelegten hervorgeht. Bei der wahren Vertragsbestätigung gilt der Hauptvertrag fort, soweit er nicht durch den rechtserzeugenden Inhalt des Bestätigungsschreibens abgeändert oder ergänzt wird; er gilt also mit dem neu vereinbarten Erfüllungsort. Soweit der Bestätigungsvertrag nichts anderes enthält, beginnen die Vertragsverpflichtungen im Zeitpunkt des Zustandekommens des Hauptgeschäfts. Will das Bestätigungsschreiben den Vertragsinhalt vollständig und ausschließlich festlegen, so vermag der Hauptvertrag inhaltlich nicht mehr fortzuwirken; er ist durch das Bestätigungsschreiben ausgehöhlt. Was also von den Hauptvertragsbestimmungen im Bestätigungsschreiben nicht wiederholt ist, gilt nach allgemeiner Auslegungsregel als fallen gelassen.[158]) Es handelt sich aber dann nicht um eine Novation, um das Aufheben eines bestehenden Schuldverhältnisses durch ein an seine Stelle tretendes abstraktes neues.[159]) Es ist und bleibt nur ein Hauptvertrag, so daß dieser im Zweifel mit seinem ursprünglichen Inhalt wiederauflebt, wenn der Bestätigungsvertrag aufgehoben wird.[160]) Bei der vermeintlichen Vertragsbestätigung kommt mit dem Bestätigungsvertrag erst ein Vertrag zustande. In aller Regel wird aber der Parteiwille dahin gehen, daß der Bestätigungsvertrag von dem Zeitpunkt an schon gelten soll, in dem der Bestätigende das Zustandekommen des Hauptgeschäfts annimmt. Die Bestimmung des § 141 II B.G.B. als charakteristisches Merkmal der Bestätigung wird analog anzuwenden sein und als Auslegungsregel dienen können. Bei der wahren Angebotsbestätigung greift diese Auslegung nicht Platz, da beiderseits bewußt erst durch das Angebot ein Vertrag zum Abschluß gebracht werden soll. Ist die Angebotsbestätigung eine vermeintliche, besteht also schon ein Vertrag unter den Parteien, so tritt mit der Annahme ein neuer Vertrag in Kraft, welcher den früheren mit all seinen Bestimmungen aufhebt.

Was hier vom Vertrag als Ganzem gesagt ist, gilt für die Vereinbarung eines Erfüllungsorts als Teil desselben selbstverständlich.

## Einzelfragen.

### § 9.

Muß das Bestätigungsschreiben, um durch eine stillschweigende Annahme rechtserzeugend wirken zu können, vom Absender unterschrieben sein? Staub[161]) verneint die Frage generell

[158]) Berliner Gutachten a. a. O.; R.G. 101 S. 75 und Recht 1904 Nr. 2391 und 1909 Nr. 229; A. Mg. O.L.G. 11 S. 28.

[159]) So Mackower zu § 346.

[160]) Uebereinstimmend Siller a. a. O.

[161]) Staub, Anh. zu § 372 Anm. 38 S. 798.

mit dem Hinweis darauf, daß das nichtunterzeichnete Bestätigungsschreiben doch jedenfalls eine Willenserklärung sei, auf die alles angewendet werden könne, was vom Bestätigungsschreiben gelte. Der Kaufmann dürfe nichts hinausgehen lassen, wenn er es nicht gelten lassen wolle, also auch keine nichtunterzeichneten oder bloß unterstempelten Bestätigungsschreiben. Der Empfänger könne bei dieser allgemeinen Sorgfaltspflicht sich nicht damit entschuldigen, er habe geglaubt, das Bestätigungsschreiben sei irrtümlich abgegangen. Man wird dem mit einer Einschränkung zustimmen dürfen.[162]) Ist kraft Parteivereinbarung der gegenseitige Austausch von Bestätigungsschreiben erforderlich, um den Vertrag rechtsgültig zu machen (§ 154 II B.G.B.), so muß das Bestätigungsschreiben mit dem Namen des Absenders unterzeichnet sein wie auf der anderen Seite das des Empfängers. Denn vereinbart ist schriftliche Beurkundung des Rechtsgeschäfts. Nach §§ 126, 127 B.G.B. ist hiezu eigenhändige Namensunterschrift unter die Urkunde erforderlich. Sonst entbehrt der Vertrag der vereinbarten Form mit der Nichtigkeitsfolge des § 125 B.G.B.

Damit kommen wir zu dem Fall verlangter Gegenbestätigung. Vorwegzunehmen ist, daß infolge der Vereinbarung einer Gegenbestätigungspflicht allgemein bei der Begründung einer Geschäftsverbindung zwischen zwei Kaufleuten für alle abzuschließenden Geschäfte, ferner auf Grund einer diesbezüglichen Abmachung unmittelbar beim einzelnen Abschluß die Geschäfte bezw. das spezielle Rechtsgeschäft erst dann abgeschlossen sind, wenn beiderseitige schriftliche übereinstimmende Bestätigungsschreiben zugegangen sind. Das Gleiche kann ohne ausdrückliche Vereinbarung bei Bestehen eines entsprechenden Handelsbrauchs in der betreffenden Branche zutreffen. Allerdings besteht, wie oben betont, keine generell geltende Usance dieses Inhalts. Ist aber in einem Handelszweig wie z. B. bei Schiffsbauverträgen dieser Brauch fest und in den beteiligten Kreisen allgemein anerkannt, so ist der Vertrag ebenfalls nicht zustandegekommen, solange der Austausch von Bestätigungsschreiben nicht erfolgt ist.[163]) Wie ist es aber, wenn vom Bestätigenden einseitig Gegenbestätigung im Bestätigungsschreiben verlangt wird, ausdrücklich oder stillschweigend durch Beifügung eines Duplikats, welches unterschrieben zurückgesandt werden soll? Es gibt dann zwei Möglichkeiten: die Bitte um Gegenbestätigung kann bedeuten, daß das Bestätigungsschreiben nur bei ausdrücklicher Annahme gelten soll, oder sie kann den Sinn haben, daß der Bestätigende nur einen urkundlichen Beweis in die Hand zu bekommen wünscht, um die Gewähr zu besitzen, daß seine

[162]) So auch Becker a. a. O.

[163]) Vgl. Becker a. a. O.

Bestätigung dem Gegner zugegangen ist, was in einem Rechtsstreit für die Beweislast von erheblicher Bedeutung ist. Ob das eine oder das andere gilt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Der Einzelfall entscheidet die Auffassung bei Würdigung aller Umstände. Das ist mehrfach vom R.G. ausgesprochen worden.[164]) Abweichend davon erklärt es aber in einer Entscheidung,[165]) wer eine schriftliche Gegenbestätigung zu erwarten pflege, bringe damit regelmäßig zum Ausdruck, daß er bloßes Stillschweigen nicht als Annahme ansehe, vielmehr im Schweigen eine Ablehnung erblicke. Was im Einzelfall möglich sein kann, wird hier zum Grundsatz erhoben. Diese Ansicht steht mit der verkehrsüblichen Auffassung nach dem angezogenen Gutachten der Berliner Industrie- und Handelskammer in Widerspruch. Kommt man aber bei der Auslegung zu dem Schluß, daß ausdrückliche Annahme nötig sei, so genügt regelmäßig auch eine in anderer Weise als durch Gegenbestätigung erklärte Annahme.[166])

Uebersenden sich beide Parteien Bestätigungsschreiben ohne Verlangen der einen, so gibt es zwei Fälle je nach dem Zeitpunkt ihres Eintreffens, die sukzessive Absendung und das Kreuzen der Bestätigungsschreiben. Von sukzessiver Absendung redet man dann, wenn auf ein zugegangenes Bestätigungsschreiben als Antwort eine Gegenbestätigung erfolgt. Stimmen beide überein, so ist der obige Fall der ausdrücklichen Annahme gegeben. Sind sie aber widersprechenden Inhalts, der Absender bestimmt Erfüllungsort X, der Empfänger in seinem Bestätigungsschreiben Erfüllungsort Y, so wird durch die widersprechende Bestätigung des Empfängers der Inhalt des ersten Schreibens abgelehnt und gemäß § 150 B.G.B. gleichzeitig ein neuer Antrag zum Abschluß eines Bestätigungsvertrags gestellt. Für die Annahme dieses Bestätigungsschreibens gilt dann das bisher Ausgeführte.

Kreuzen sich die beiden Bestätigungsschreiben, d. h. hat der Empfänger seine Bestätigung schon abgesandt, bevor ihm die des Absenders zugeht und verhält es sich auf der Gegenseite gerade so, reisen also die Bestätigungsschreiben aneinander vorbei, wie der kaufmännische Ausdruck treffend lautet, so kommt bei übereinstimmendem Inhalt beider der entsprechende Bestätigungsvertrag zustande. Denn in der Regel kommt es jedem Teil nur auf den Vertragswillen des andern an, nicht dagegen da-

[164]) R.G. 88 S. 380; 104 S. 202; 106 S. 416.

[165]) R.G. 103 S. 98, es handelt sich hier um eine allgemeine Rechtsausführung, nicht um eine Entscheidung für die konkrete Sachlage, welche das Ergebnis rechtfertigt. Das Bestätigungsschreiben mit der Bitte um Gegenbestätigung wurde nämlich nach einer telefonischen Verhandlung mit der, wie die bestätigende Klägerin wohl wußte, nicht abschlußbevollmächtigten Fernsprechangestellten der Beklagten abgesandt. Eine Rückäußerung der Beklagten lag daher in der Natur der Sache.

[166]) Vgl. dazu R.G. 88 S. 380.

rauf, ob dieser gerade mit Rücksicht auf die Bestätigung den Vertragswillen erkläre. Widersprechen sich aber die Bestätigungsschreiben, und zwar so, daß der Inhalt des einen den des andern vollkommen ausschließt, so kommt im Zweifel beim Schweigen beider ein Bestätigungsvertrag nicht zustande. Im Zweifel, d. h. es gibt noch eine Möglichkeit, nämlich es bleiben die Punkte außer Betracht, welche als Abänderungen des früher Verhandelten in den beiden Bestätigungsschreiben abweichend voneinander geregelt sind. Es gilt dann das in dem Bestätigungsschreiben Uebereinstimmende zusammen mit dem früher Verhandelten als Vertragsinhalt. Ob das die Parteien wollen, ist im Einzelfall schwer festzustellen, so daß man zu der wohl regelmäßigen Alternative gelangt: es ist gar kein Bestätigungsvertrag zustandegekommen, da die Parteien einen solchen nur mit den von ihnen benannten Abänderungen gewollt haben.[167]) War das Hauptgeschäft schon zustande gekommen, so bleibt es bestehen, also im Falle wahrer Vertrags- und vermeintlicher Angebotsbestätigung. Diese Regelung stimmt mit der des offenen Dissenses in § 154 B.G.B. überein. Man muß sich aber bewußt bleiben, daß diese Vorschrift nicht direkt auf den vorliegenden Fall anwendbar ist. Denn hier stehen sich in den beiden Bestätigungsschreiben nicht Angebot und Annahme gegenüber, sondern zwei Offerten, welche nach dem allgemeinen für Bestätigungsschreiben geltenden Grundsatz durch Stillschweigen beiderseits angenommen werden, so daß eigentlich zwei Bestätigungsverträge zustandekommen, die aber nicht wie im Fall übereinstimmenden Inhalts der Bestätigungsschreiben zu einer Einheit zusammengefaßt werden können. Ihr gegenseitiger Widerspruch bedingt ihre Unwirksamkeit; der erklärte Vertragswille der einen Seite läßt sich mit dem des anderen Teils nicht in Einklang bringen. Der Dissensgedanke des § 154 ist also entsprechend zu verwerten. Stimmen die sich kreuzenden Bestätigungsschreiben auch nicht wörtlich überein, so kann es doch möglich sein, daß sie sich gedanklich nicht widersprechen, daß vielmehr eine gegenseitige Inhaltsergänzung sich ermöglichen läßt. Die so vereinigten Bestätigungsschreiben geben dann den Inhalt des Bestätigungsvertrags.[168]) So ist es, wenn beide Teile schweigen. Widerspricht dagegen eine Partei unter gleichzeitigem ausdrücklichem oder schlüssigem Hinweis auf ihr Bestätigungsschreiben, so ist für die Dissensanalogie kein Raum mehr, da durch das Stillschweigen des andern Teils nur ein Bestätigungsvertrag zustandekommt, nämlich der mit dem Inhalt des Bestätigungsschreiben des Widersprechenden.[169])

[167]) Vgl. dazu Stern D.J.Z. 1923 S. 165.

[168]) Vgl. Hans. R.Z. 1920 S. 556.

[169]) So mit Recht Staub III, Anh. zu § 372 Anm. 38 f. S. 806 gegen Stern.

Nach § 155 B.G.B. kann auch ein versteckter Dissens einen Bestätigungsvertrag hindern. Das ist aber nur möglich bei einer in äußere Erscheinung getretenen Willenserklärung des Empfängers, wenn er also durch Schreiben oder durch schlüssige Handlung dem Inhalt des Bestätigungsschreibens zugestimmt hat. Beim bloßen Schweigen kann kraft der Fiktion der Willenserklärung, auf deren tatsächliches Vorhandensein es gar nicht ankommt, von einer mangelnden Willensübereinstimmung nicht die Rede sein. Der Einwand, es liege überhaupt keine Erklärung vor, wird durch die Fiktion natürlich illusorisch. Das Gleiche gilt, wenn sich der Schweigende nicht gegen die Existenz der Willenserklärung wendet, sondern gegen deren inhaltliche Auslegung. So wird er mit dem Bestreiten eines Bestätigungsvertrags aus dem Grunde, weil er tatsächlich den Antrag durch sein Schweigen habe ablehnen wollen, nicht gehört.

Auch vermag der Empfänger nicht geltendzumachen, er habe das Bestätigungsschreiben gar nicht oder nur oberflächlich gelesen, er habe also zu dem und dem nicht zugestimmt. Denn er wird ja gerade deshalb als zustimmend behandelt, um solche Einwendungen abzuschneiden, und zwar weil es zur kaufmännischen Sorgfaltspflicht gehört, daß ein Kaufmann die ihm zugehende Korrespondenz pünktlich durchliest und auf ihren Inhalt prüft.[170]) Auch kann er sich nicht darauf stützen, daß er an der Kenntnisnahme verhindert gewesen sei. Er muß eben für eine gehörige Vertretung sorgen, welche seine Aufgaben für ihn zu erledigen hat.[171]) Ein Verschulden trifft ihn, nicht den Bestätigenden.

Die Ablehnung des Bestätigungsschreibens kann auf beliebige Weise geschehen. Eine eingehende Stellungnahme zum Inhalt und eine Begründung der Ablehnung wird vom Handelsbrauch nicht verlangt. Es bedarf zur Kenntlichmachung des Nichteinverständnisses nicht einmal einer ausdrücklichen Mitteilung. Genügend ist die Rücksendung des Bestätigungsschreibens. Dieses darf aber nicht vom Empfänger unterzeichnet sein und auch nicht sonst Zeichen der Genehmigung aufweisen. Beifügung eines Begleitschreibens ist unnötig.[172])

## Insbesondere die Irrtumsanfechtung.

### § 10.

Die Anfechtung eines Antrags und einer sowohl ausdrücklich als auch schlüssig erklärten Annahme nach § 119 B.G.B.

[170]) R.G. 54 S. 176. Diese Pflicht ist hier allerdings für einen Großkaufmann ausgesprochen, wird aber ohne Zwang auf jeden Kaufmann ausgedehnt werden können.

[171]) R.G. 105 S. 389; J.W. 1911 S. 224; Gruchot 55 S. 891.

[172]) Vgl. Warneyer Jahrbuch 1905 S. 275 Nr. 24.

ist grundsätzlich zulässig, soweit nicht die Natur des Bestätigungsschreibens eine solche verbietet. Das ist der Fall, wenn der Empfänger irrtümlich glaubt, das Bestätigungsschreiben stimme mit dem früher Verhandelten überein, und deshalb anfechten will. Es ist eben der Zweck des Bestätigungsvertrags, daß etwaige Zweifel und Streitigkeiten über die Vertragsnatur und den Inhalt des früher Verhandelten dem Inhalt des Bestätigungsschreibens entsprechend unwiderleglich als geklärt gelten sollen. Es ist das ein unbeachtlicher Motivirrtum. Denn die Vorstellung, daß im Bestätigungsschreiben das Frühere festgelegt sei, ist doch Beweggrund für eine zustimmende Erklärung. Die weitaus wichtigste Frage ist aber die, ob bei Stillschweigen des Empfängers die Annahmeerklärung wegen Irrtums über deren Inhalt angefochten werden kann, oder umgekehrt die Unterlassung der Ablehnung. Anlaß dazu gibt eine schon mehrfach genannte Entscheidung des R.G.,[173]) in der es sich darum handelt, ob der Empfänger sich als zustimmend behandeln lassen muß, wenn er vom Bestätigungsschreiben keine Kenntnis genommen hat. Zu erinnern ist, daß das R.G. das Stillschweigen bei Schlüssigkeit ohne Rücksicht auf den Willen des Schweigenden als Erklärung genügen läßt, eine Ansicht, welche, wie früher gesehen, im Falle mangelnder Kenntnis des Bestätigungsschreibens bedenklich ist. Wir dagegen haben uns als Anhänger der konsequenten subjektivistischen Auffassung mit der gewohnheitsrechtlichen Annahmefiktion auseinanderzusetzen. Zu scheiden sind die Fälle der unverschuldeten und verschuldeten Unkenntnis: Es ist wohl dem Empfänger nach Treu und Glauben nicht zuzumuten, daß er als zustimmend behandelt wird, wenn er ohne Verschulden von dem Bestätigungsschreiben keine Kenntnis bekommen hat. Denn die Fiktion hat doch nur dann eine innere Berechtigung, wenn dem Empfänger auch wirklich Gelegenheit gegeben war, seine Ablehnung dem Bestätigenden zum Ausdruck zu bringen. Die präsumierte Annahme wirkt sich doch praktisch als eine Strafe für das Schweigen aus. Es ist daher nicht einzusehen, daß sie den treffen soll, welcher nicht ablehnen konnte, weil er wegen objektiver und subjektiver unverschuldeter Unmöglichkeit nicht dazu imstande war, insbesondere, weil er durch einen nicht zu vertretenden Umstand von dem Bestätigungsschreiben keine Kenntnis erhalten hat. Hier gilt mit Recht:

[173]) R.G. 103 S. 401; es heißt darin: „den Erfordernissen des redlichen Geschäftsverkehrs entsprechend würde ihr (der Beklagten) Schweigen selbst dann als Zustimmung gegolten haben, wenn keine der zu ihrer Vertretung berechtigten Personen von dem Eingang und Inhalt des Bestätigungsschreibens Kenntnis erhalten haben sollte, mochte die Nichterlangung der Kenntnis verschuldet oder unverschuldet sein. Allerdings verblieb ihr dabei die Möglichkeit, die durch ihr Schweigen abgegebene Willenserklärung gemäß § 119 B.G.B. anzufechten."

qui tacet consentire videtur, ubi potuit loqui ac debuit. Wer nicht sprechen konnte, den kann auch nicht der Nachteil eines Vertragsschlusses ohne oder gegen seinen Willen treffen.[174]) Der Grundsatz, daß Schweigen Annahme bedeutet, ist also hier durchbrochen. Zum gleichen Ergebnis sollte auch das R.G. kommen. Solches Nichtverschulden wird selten sein. Der Einzelfall ergibt die es rechtfertigenden Umstände.

Aber auch die verschuldete Unkenntnis, bei welcher die Fiktion Platz greift, vermag eine Irrtumsanfechtung aus grundsätzlichen Erwägungen heraus nicht zu rechtfertigen. Hier betreten wir das überaus bestrittene Gebiet der Anfechtbarkeit fingierter Willenserklärungen. An sich ist nur eine wirkliche Willenserklärung anfechtbar. Denn Voraussetzung für die Anfechtbarkeit ist die Rechtserheblichkeit der Willensbildung. Wenn nun wie bei der Fiktion eine Handlung oder Unterlassung kraft Rechtssatzes Rechtsfolgen auslöst, ohne daß es darauf ankommt, ob das Verhalten gewollt oder ungewollt war, so ist eine Willensbildung irrelevant, eine Irrtumsanfechtung begrifflich ausgeschlossen. Da es unerheblich ist, ob der Empfänger das Bestätigungsschreiben gelesen hat oder nicht, da aber ein Wille positiver oder negativer Färbung sich erst auf Grund der Kenntnis des Bestätigungsschreibens bilden kann, so ist es unerheblich, ob das Schweigen gewollt war oder nicht. Können auch diese Voraussetzungen durch positive Rechtsnorm ersetzt werden, welche trotz ihres Mangels eine Anfechtung zuläßt, was bei der Anfechtung im Falle der Kenntnis zu erörtern ist, so fehlt es doch an einer logischen Irrtumsbedingung, weshalb ein weiteres Eingehen auf die Willensvoraussetzung überflüssig ist. Es fehlt das Wissen, die Grundvorstellung von einem Sachverhalt, welcher eine Willensbildung auslösen könnte, es fehlt die intellektuelle Grundlage für einen Willen und seine Erklärung. Und da sich in Bezug auf einen unbekannten Sachverhalt gar keine Willensvorstellung gründen kann, ist auch ein Irrtum unmöglich.[175]) Wer also ein Bestätigungsschreiben gar nicht liest, kann auch nicht bei Unterlassung der Ablehnung durch Irrtum beeinflußt sein. Seine Untätigkeit ist keine bewußte, wissentliche. Daran strauchelt auch die objektivistische Meinung des R.G. Und diese denknotwendige Voraussetzung der Kenntnis des Sachverhalts könnte auch das Gesetz nicht zum Zwecke der Anfechtung ersetzen. Es ist nicht wie bei der Fiktion der Willenserklärung selbst; sie ist vom Kennen des Bestätigungsschreibens nicht abhängig. Diese Unmöglichkeit einer Anfechtung entspricht auch dem Billigkeitsgefühl der Kaufleute und dem Bedürfnis

[174]) Vgl. Staub III Anm. 38 b S. 803; Siller a. a. O. S. 295.

[175]) Hiezu allgemeine J. W. 1912 S. 26.

nach Verkehrssicherheit. Denn es wäre unerträglich, wollte man den Empfänger, welcher die Unkenntnis seinem eigenen Verschulden zuzuschreiben hat, ein Anfechtungsrecht gewähren und den Absender auf einen unsicheren Ersatzanspruch nach § 122 B.G.B. verweisen.

Der Mangel einer wissentlichen Erklärungshandlung entfällt dann, wenn der Empfänger Kenntnis von dem Bestätigungsschreiben genommen hat. Nach der objektivistischen Auffassung ist dann eine Anfechtung ohne weiteres möglich.[176]) Wir dagegen haben zu prüfen, ob eine Norm vorhanden ist, welche ohne Rücksicht auf die oben erwähnten Voraussetzungen die Anfechtung einer Unterlassung zuläßt. Eine solche Norm ist im Erbrecht § 1956 B.G.B., wonach die Versäumung der Ausschlagungsfrist, welche nach § 1943 als Annahme der Erbschaft gilt, in gleicher Weise wie die Annahme angefochten werden kann. Die herrschende Meinung sieht in dieser Bestimmung eine Singularität, welche nicht auf andere gesetzliche Fiktionen ausgedehnt werden darf[177]).[178]) Im Gegensatz hiezu vertritt Wendt[179]) die alleinstehende, aber doch überzeugende Ansicht, daß der Vorschrift des § 1956 eine besondere erbrechtliche Erwägung keineswegs zugrunde liegt. Diese sei vielmehr der Ausdruck einer allgemein gültigen Erwägung und ihre Anwendung reiche soweit, als es Fälle der fingierten Erklärung im Recht gebe. Es sei die Folge davon, daß die Versäumung der Frist d. h. die Unterlassung rechtzeitiger Erklärung in ihrer rechtlichen Wirkung einer wirklichen Erklärung gleichgestellt sei. Die Billigkeitserwägung greife überall Platz, wo sonst ein gleiches Verhalten als Willenserklärung gelte. Was bei § 1956 billig sei, müsse auch bei allen anderen gleichgelagerten Fiktionen recht sein. Man müsse daher den Gedanken des § 1956 analog anwenden und die Anfechtung zulassen. Beim Schweigen auf das Bestätigungsschreiben liegen die Verhältnisse nun tatsächlich gerade so wie in § 1956. Auch hier hat der Empfänger die Antwortfrist verstreichen lassen. Es gilt als annehmend. Die Entscheidung, daß bei ausdrücklicher Annahme eine Anfechtung möglich ist, daß aber beim Schweigen wenn vom Recht gegen oder ohne Willen des Empfängers eine Erklärung unterstellt wird, die Rechtsbehelfe gegen das Gebundensein versagt sind, entbehrt einer billigen

[176]) Vgl. Jakobsohn Jher. Jahrb. 348 ff., insbesondere S. 367.

[177]) Planck V § 1956 Anm. 1; Jakobsohn a. a. O. S. 380; Wedemeyer, Auslegung und Irrtum S. 15.

[178]) Die Protokolle der 2. Kommission sagen dazu, die Anfechtung richte sich regelmäßig nur gegen Rechtsgeschäfte und um rechtsgeschäftliche Wirkungen im eigentlichen Sinn handle es sich bei der Fristversäumung nicht. Die Billigkeit erfordere aber die beiden Arten, in denen sich die Annahme einer Erbschaft vollziehen könne, hinsichtlich der Anfechtung gleichzustellen. Vgl. P. V 632.

[179]) A. a. O. S. 223.

ratio. Analogie ist geboten. Auch Enneccerus[180]) läßt, allerdings ohne nähere Begründung eine Anfechtung unwiderleglich präsumierter Willenserklärungen zu.[181]) Er scheint Wendt zuzustimmen. Nach Danz[182]) ist eine Anfechtung schlechtweg möglich, da er den Begriff der fingierten Willenserklärung leugnet und sie als wahre betrachtet. — Nun hat aber das R.G.[183]) im Anschluß an Wendt überzeugend dargetan, daß eine Anfechtung nach § 1956 nur bei wissentlicher, beabsichtigter Unterlassung der Ausschlagung zulässig sei. Der Erbe muß also bewußt, mit Willen die Ausschlagungsfrist verstreichen lassen, um dadurch die Erbschaft anzunehmen, veranlaßt hiezu durch einen Irrtum über die Tragweite seines Verhaltens. Das R.G. führt als Beispiel den Fall an, daß der Erbe gleichzeitig zu zwei Erbschaften berufen ist und die Ausschlagung einer Erbschaft deshalb mit Absicht unterläßt, weil er sie mit der andern verwechselt.

Wenden wir diese unerläßliche Voraussetzung auch in unserem Fall analog an, so ergibt sich, daß der Bestätigungsempfänger nur dann anfechten kann, wenn er in der Absicht geschwiegen hat, den Bestätigungsvertrag dadurch zustandezubringen, und ihm dabei ein Irrtum unterlaufen ist. Er muß die Annahme des Bestätigungsschreibens gewollt haben. Wir haben dann den Fall, daß zu der Erklärungsfiktion noch kumulativ eine echte Willenserklärung hinzutritt, daß der Empfänger auch das Erklärungsbewußtsein hat. Er muß anfechten können. Wenn also der Empfänger in einem dem Beispiel des R.G. ähnlichen Fall die Ablehnung des Bestätigungsschreibens bewußt unterläßt und ihm damit bewußt zustimmt, weil er es irrtümlich auf einen andern Vertragsschluß oder auf andere Vertragsverhandlungen bezieht, so muß er diese Annahme anfechten können. Oder etwa, wenn er infolge eines Versehens irrtümlich annimmt, es sei der gesetzliche Erfüllungsort im Bestätigungsschreiben gemeint, während der Wohnsitz des Bestätigenden genannt ist, und deshalb schweigend annimmt, bewußt und gewollt, so verlangt die Billigkeit, daß er anfechten kann. Hat der Empfänger aber infolge eines Irrtums durch sein Schweigen ablehnen wollen, dann ergibt sich keine Schwierigkeit, da die fingierte Annahme seinem wahren Willen entspricht. Auf diesen Fall des willentlichen Schweigens muß aber die Anfechtung beschränkt bleiben, da sonst eine vernünftige Handhabung des Anfechtungsrechts nicht gewährleistet ist. Das praktische Bedürfnis einer Anfechtung im dargelegten Umfang zu leugnen, hieße die Rechtslage verkennen.

[180]) Enneccerus I § 144 III.

[181]) So im ähnlichen Falle des § 568 B.G.B.

[182]) Iherings Jahrb. 54 S. 33.

[183]) R.G. 58 S. 85; vgl. auch Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts (Erbrecht) III. Band 2. Hälfte § 106 Nr. VI.

So muß Siller,[184]) welcher den Vertragsschluß im Falle eines auch bei Anwendung der kaufmännischen Sorgfaltspflicht entschuldbaren Irrtums nicht eintreten lassen will, weil dann die Unterlassung der Ablehnung auf einem nicht verschuldeten Unvermögen des Empfängers beruht, entgegengehalten werden, daß entschuldbarer Irrtum nicht der entschuldbaren Unkenntnis des Bestätigungsschreibens in der Wirkung gleichgestellt werden darf. Dazu ist ja gerade ganz allgemein im bürgerlichen Recht das Mittel der Anfechtung gegeben, daß man durch Irrtum zustandegekommene Verträge wieder zu Fall bringt. Nirgends aber heißt es, daß ein entschuldbarer Irrtum das Zustandekommen eines Vertrags hindern kann. Die Frage des verschuldeten oder unverschuldeten Irrtums berührt überhaupt nicht die Existenz des Vertrags, sondern nur eine eventuelle Schadenersatzpflicht im Falle der geglückten Anfechtung nach § 122 B.G.B.

Diese mögliche Anfechtung wird aber wohl nicht häufig vorkommen, da der Hauptschutz des Empfängers doch, wie aus der obigen Kasuistik erhellt, in der Einschränkung des Grundsatzes der Annahmewirkung des Schweigens durch Treu und Glauben liegt.

## Die Beweislast.

### § 11.

Nach allgemeiner Regel trägt die Beweislast, welcher die Vereinbarung eines andern als des gesetzlichen Erfüllungsorts behauptet. Behauptet er, daß diese Vereinbarung durch die stillschweigende Annahme eines Bestätigungsschreibens entstanden sei, so hat er zu beweisen, daß dem Gegner das Bestätigungsschreiben zugegangen ist. Soviel trifft ihn auf jeden Fall, das ist allgemein anerkannt. Sehr bestritten ist aber die Beweislastverteilung dann, wenn der Empfänger den Zugang des Bestätigungsschreibens einräumt, aber gleichzeitig behauptet, er habe in angemessener Frist abgelehnt, oder eine Ablehnung habe unterbleiben können, da besondere Umstände nach Treu und Glauben den Abschluß eines Bestätigungsvertrags verhindert hätten. Im Fall der behaupteten Ablehnung hat das R.G.[185]) entschieden, daß den Bestätigungsempfänger die Beweislast treffe. Gleicher Ansicht ist auch Staub,[186]) während andere[187]) dem Bestätigenden die Beweisführung aufbürden wollen. Ihre Ansicht betont der klagebegründende Tatbestand, welchen der klagende Absender beweisen müsse, sei nicht das Bestätigungsschreiben allein, sondern

[184]) A. a. O. S. 297.

[185]) J.W. 1926 S. 2434.

[186]) Staub III Anm. 40, Anh. zu § 372 S. 807.

[187]) Leonhard, Beweislast S. 285; Rosenberg a. a. O. S. 26; Walsmann J.W. 1926 S. 2434; O.L.G. Hamburg Seuff. Arch. 62 S. 347.

der durch das Bestätigungsschreiben als Antrag und das Stillschweigen als Annahme zustandegekommene Bestätigungsvertrag. Das Bestätigungsschreiben als solches könne als einseitige Willenserklärung den Anspruch nicht begründen. Der Widerspruch des Empfängers sei nicht eine Einwendung gegen einen Tatbestand, der den Anspruch an sich habe entstehen lassen, sondern die Behauptung des Widerspruchs sei Verneinen der stillschweigenden Annahme, also Klagleugnen. Dem ist entgegenzuhalten, daß eine Annahme zum Zustandekommen des Bestätigungsvertrags gar nicht erforderlich, daher auch nicht zu beweisen ist. Der Vertrag kommt durch eine Fiktion zustande, also ohne Annahme. Wohl könnte das Bestätigungsschreiben für sich allein die in ihm enthaltenen Bestimmungen nicht bindend festlegen. Hinzukommen muß die gesetzliche Fiktion, die eines Beweises nicht bedarf. — Auch auf dem Wege über § 151 B.G.B. vermag man nicht, wie Leonhard, zu der gegnerischen Ansicht zu gelangen. Dieser verlangt, daß derjenige, welcher sich auf einen nach § 151 zustandegekommenen Vertrag bei seiner Klage stütze, die Nichterwartung einer Antwort nach Verkehrssitte oder wegen Verzichts und das Vorliegen von Umständen zu beweisen habe, welche den Annahmewillen deutlich erkennen lassen. Und ein solcher Umstand sei auch das Nichtantworten auf ein Schreiben, so daß der Kläger den Beweis für diese Negative zu erbringen habe. Diese Ansicht beruht aber auf einer Verkennung des § 151, welcher stets eine Willensbestätigung erfordert in Form einer schlüssigen Erklärungshandlung, welche den Willen äußerlich erkennbar zu Tage treten lasse. Bei reiner Untätigkeit, beim Unterlassen ist das aber nicht der Fall. Ein Vertrag kann durch Schweigen allein nach § 151 niemals zustandekommen.[188]) § 151 kann also nicht angezogen werden, da er Fälle im Auge hat, welche hier nicht zu prüfen sind.

Das R.G. begründet seinen Standpunkt nicht näher. Ein Blick auf den durchaus rechtlich ähnlich gelagerten Fall des § 362 H.G.B. aber rechtfertigt ihn. In ihm ist bestimmt, daß ein Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, und dem ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zugeht, mit welchem er in Geschäftsverbindung steht, zu unverzüglicher Antwort verpflichtet ist, und daß sein Schweigen als Annahme des Antrags gilt. Beide Tatbestände, dort wie beim Bestätigungsschreiben stimmen darin überein, und das ist das Charakteristische, daß der Antragsempfänger zur Vermeidung eines sonst eintretenden Vertragsschlusses die Ablehnung des Antrags erklären muß. Durch diese Bestimmung hat das Gesetz aber gleichzeitig die Beweislast geregelt. Der Antragsempfänger hat die Erfüllung seiner Ver-

[188]) Vgl. Staub III § 361 Anm. 74 S. 450 und § 362 Anm. 19 S. 472.

pflichtung, insbesondere die der Ablehnung zu beweisen.[189]) Ein zureichender Grund für eine verschiedene Behandlung des Bestätigungsvertrags und des Geschäftsbesorgungsvertrags i. S. von § 362 H.G.B. hinsichtlich der Beweislastverteilung läßt sich nicht finden. Die Annahme eines allgemein gültigen Prinzips für alle Fälle des Vertragsschlusses ohne erklärte Annahme wird nicht fehl gehen.

## V. Der Vermerk im Schlußschein.

### § 12.

Der eigentlichen Schlußnote des § 94 H.G.B. ist wesentlich, daß sie von einem Handelsmäkler auf Grund seiner Mäklertätigkeit den Parteien ausgestellt wird. Im kaufmännischen Verkehr hat sich jedoch vielfach der Brauch entwickelt, auch bei Geschäftsabschlüssen ohne Mäklervermittlung ähnliche Urkunden auszuwechseln. Das ist dann die kaufmännische Schlußnote, zum Unterschied besser Schlußschein genannt, im Verkehr auch schlechtweg als Schlußnote bezeichnet, oder als Schlußbrief, Schlußzettel. Sie können ausgestellt werden von einer nicht als Mäkler tätigen Person, von den Parteien selbst oder gar nur von einer Partei. Die beiden letzten Arten sind die gebräuchlichsten. Der Zweck ist, den Vertragsinhalt eines abgeschlossenen Rechtsgeschäfts zu fixieren und die Willensmeinung der Vertragsteile vollinhaltlich zum Ausdruck zu bringen. Was für die Mäklerschlußnote gilt, gilt auch für die kaufmännische, den Schlußschein als den umfassenden Begriff. In ihrer Zweckbestimmung sind sie beide dem Bestätigungsschreiben gleichgestellt.[190]) Der Unterschied zwischen Bestätigungsschreiben und Schlußschein ist ein äußerlicher. Jenes muß seinen Zweck, die in den Verhandlungen getroffenen Vereinbarungen umfassend wiederzugeben, deutlich erkennen lassen, während der Schlußschein seinen Zweck schon durch seinen Namen bekundet. Bei ihm kann sich niemand darauf berufen, daß er aus dem Inhalt die Bedeutung des Schreibens nicht ermessen habe. Der Zweckgleichheit entspricht gleiche rechtliche Behandlung. Die im vorhergehenden Abschnitt gemachten Ausführungen über das Bestätigungsschreiben sind auch auf den Schlußschein entsprechend anzuwenden. Der Kern dieser Lehre, daß Stillschweigen grundsätzlich Annahme bedeutet, gilt auch hier.[191]) Auf das Behandelte wird verwiesen. Zu beachten ist aber, daß ein Schlußschein nur Bedeutung hat, wenn überhaupt schon ein Vertrag zustandegekommen ist. Es gibt also

[189]) So Staub III § 362 Anm. 13 S. 470.

[190]) Vgl. R.G. 105 S. 206.

[191]) So R.G. 59 S. 350; Recht 1917 Nr. 1127; Staub III, Anh. zu § 372 Anm. 39 S. 806; Dür.-Hachenbg. II § 346 Anm. 4 d; Koenige zu § 346 Anm. 7.

keinen der Angebotsbestätigung entsprechenden Schlußschein. Er ist nur mit der Vertragsbestätigung zu vergleichen,[192]) es sei denn, daß die Parteien eine Formalisierung des Vertrags beabsichtigen, so daß dieser erst durch den Austausch der Schlußscheine zustandekommt (§ 154 II B.G.B.)[193]).

## VI. Sonstige Arten vereinbarter Abänderung.

### § 13.

Preislisten, Kataloge, Prospekte, empfehlende Rundschreiben, Voranschläge, allgemeine Geschäftsbedingungen spielen im Geschäftsleben eine erhebliche Rolle. Ueber die rechtliche Bedeutung ihrer Versendung vergleiche § 3 der Arbeit. Sehr beliebt ist es, bei den allgemeinen Geschäftsbedingungen die Regel, in solchen Schreiben und Annoncen eine Bestimmung über den Erfüllungsort zugunsten des Ausgebers anzubringen, um bei etwaigen Abschlüssen den beiderseitigen Leistungsort an den eigenen Wohnsitz oder gewerblichen Niederlassungsort zu verlegen. Die Frage ist, ob und wie diese Bestimmung bei späteren Vertragsverhandlungen wirklich zum Vertragsbestandteil wird.

Wir beginnen mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen. Man versteht darunter eine zur Erleichterung des Geschäftsverkehrs im voraus und in typischer Weise, gewöhnlich in Druckformularen gefertigte Aufstellung der gesamten Bedingungen, unter denen ein Kaufmann gesonnen ist, gewisse Geschäfte einzugehen.[194]) Bei der Reichsbahn und der Reichspost erledigt sich die Frage nach der Geltung ihrer Geschäftsbedingungen beim einzelnen mit ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts ohne weiteres, da Eisenbahnverkehrs- und Postordnung Rechtsnormen[195]) sind, welche unabhängig vom Willen der Kontrahenten für ihre Rechtsbeziehungen maßgebend sind.

Zu einer gleicheinfachen Entscheidung gelangt man dann, wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen sich zu allgemeinen Handelsbräuchen verdichtet haben. Das wird z. B. bei den Ge-

---

[192]) Vgl. O.L.G. Hamburg Hans. G.Z. 21 Hauptbl. 16.

[193]) Speziell für die Frage der Vereinbarung des Erfüllungsorts durch vorbehaltlose Entgegennahme eines Schlußscheins, vergleiche zwei Entscheidungen des O.L.G. Dresden, in Sächs. Rpfl. A. 1906 S. 275; es heißt dort: „Enthält der Schlußschein einen Vermerk über den Erfüllungsort, so wird dieser durch die Annahme des Schlußscheins seitens des Bestellers genehmigt und damit zum Teil der Vertragsbestimmung erhoben". Der Schlußschein war auf Grund eines vom Empfänger ausgestellten Bestätigungsscheins zugegangen. Vgl. auch Sächs. Rpfl. A. 1916 S. 268.

[194]) R.G. 58 S. 155.

[195]) Staub IV § 453 Anm. 2; Postgesetz § 50 II; R.G. 43 S. 99.

schäftsbedingungen der Spediteure angenommen.[196]) In der Regel werden im Rechtsverkehr mit ihnen die Geschäftsbedingungen nicht besonders erwähnt. Sie gelten aber doch als vereinbart. Das ist das Wesen der Usance. Sie steht über den Parteien und dient nicht der Ermittlung des wahren Parteiwillens, sondern gestaltet den Inhalt eines Rechtsgeschäfts frei; sie ist objektiver Auslegungsfaktor.[197]) Von einer stillschweigenden Einigung über die Anwendung der Handelssitte kann nicht geredet werden. Sie gilt auch bei Unkenntnis ihrer Existenz und ihres Inhalts. Sie tritt nicht in Wirkung, weil die Partei ihren Inhalt will, sondern weil sie die Erklärung ergänzt und ihr den positiven Inhalt gibt.[198]) Doch gilt das, was ausdrücklich zu betonen ist, nur bei beiderseitigen Handelsgeschäften (§ 346 H.G.B.).

Diese Fälle, in denen es auf den Parteiwillen nicht ankommt, gehören zu den Ausnahmen. Sonst bedarf es einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenseinigung über die Geltung der Bedingungen für das Einzelgeschäft. Für eine solche Vereinbarung ist immer notwendig die Möglichkeit der Kenntnisnahme dieser Geschäftsbedingungen für den Kontrahenten, welcher sich ihnen zu unterwerfen hat. Ist es ausgeschlossen, das Bestehen von allgemeinen Geschäftsbedingungen beim Vertragsgegner zu erkennen, so kann man sich diesen auch nicht unterwerfen wollen. Ohne ihre Kundgabe können sie nicht wirken.[199]) Die Ermöglichung der Kenntnisnahme kann in verschiedener Weise erfolgen, entweder durch öffentliche Bekanntmachung oder durch Einzelmitteilung an den Kunden. Bei gewissen Unternehmungen braucht sie aber nicht ausdrücklich zu geschehen, wenn deren rechtlicher Charakter schon das Bestehen von Geschäftsbedingungen zwingend erkennen läßt. Das ist der Fall bei gemeinnützigen Einrichtungen öffentlich rechtlicher Verbände, also bei öffentlich rechtlichen Unternehmen, welche gleichzeitig zu Erwerbszwecken dienen, so bei Sparkassen, Elektrizitätswerken, Krankenhäusern u. a. mehr. Hier weiß jedermann, nicht etwa bloß der Kaufmann, daß solche Unternehmen nur unter Zugrundelegen bestimmter Geschäftsbedingungen kontrahieren dürfen. Ein Rechtsverkehr auf anderer Basis ist ganz ausgeschlossen. Wer also mit einem derartigen Unternehmen Geschäfte abschließt, gibt durch diesen Abschluß,

[196]) R.G. Gruchot 21 S. 349; O.L.G. Hamburg in Spedit. und Schiff. Zeitg. 1923 S. 147. Vgl. jedoch Schreiber a. a. O. S. 22 ff., der sich zum Schutz der wirtschaftlich Schwachen gegen die Uebung der Handelskammern wendet, solche Geschäftsbedingungen zu bearbeiten und zu modifizieren, um sie dann als amtlich festgestellte Handelsbräuche zu veröffentlichen. Der gleichmäßige Interessenschutz verlange selbständige Entwicklung zu Handelsbräuchen ohne Eingriff amtlicher Stellen.

[197]) Staub III § 346 Anm. 5; Dür.-Hachenbg. II § 346 Anm. 3.

[198]) Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte S. 74.

[199]) R.G. Bl. 1894 S. 71.

wenn auch unbewußt, so doch schlüssig, seinen Unterwerfungswillen unter die Vertragsbedingungen zu erkennen.[200])

Bei den sonstigen kaufmännischen Unternehmen ist zu scheiden zwischen öffentlichen Anstalten und Privatgeschäften. Der Gegensatz öffentlich und privat ist aber nicht ein rechtlicher, sondern aus dem Leben genommen. Bei diesen öffentlichen Anstalten handelt es sich nicht um öffentlichrechtliche, sondern juristisch ebenfalls privatrechtliche. Die Terminologie entspricht der im Geschäftsleben und charakterisiert den Unterschied zwischen Massen- und Normalverkehr. Oeffentliche Anstalten in diesem Sinne sind also Großunternehmer, welche sich allgemein dem Publikum zur Eingehung von Verträgen in Menge anbieten,[201]) wie Großbanken, Versicherungs- und Transportanstalten, Kreditvereine usw. Sie wenden sich bestimmungsgemäß an die breiteste Oeffentlichkeit. Zur Kundgabe ihrer Geschäftsbedingungen bedienen sie sich der öffentlichen Bekanntmachung, da Einzelversendung zu großen Kostenaufwand verursachen würde. Obwohl man auch im Verkehr mit ihnen der Erfahrung des Lebens gemäß mit der Existenz allgemeiner Bedingungen zu rechnen hat, spricht ihr Charakter nicht wie bei den öffentlichrechtlichen Anstalten für die Notwendigkeit ihres Bestehens. Irgendeine ausdrückliche Kundmachung ist also erforderlich. Es fragt sich ob die öffentliche Bekanntmachung einerseits, die Kenntnis von Geschäftsbedingungen andererseits allein genügt, um sie zum Bestandteil eines Rechtsgeschäfts zu machen. Die Rechtsprechung stimmt großenteils darin überein, daß bloße Kenntnis zur Gültigkeit nicht genügen kann.[202]) Und auch von dem Standpunkt, daß die öffentliche Bekanntmachung zur Annahme einer stillschweigenden Unterwerfung nicht ausreiche, daß es vielmehr eines rechtsgeschäftlichen Hinweises auf die Geschäftsbedingungen bedürfe,[203]) scheint sich die Rechtsprechung neuerdings zu lösen.[204]) Das mit Recht. Denn der vereinfachte und dadurch reibungslosere gestaltete Verkehr mit solchen Anstalten kann nur durch derartige Maßnahmen erreicht werden, welche die sonstigen Grundsätze über die Vereinbarung allgemeiner Bedingungen

[200]) Siehe Staub III § 346 Anm. 17a.

[201]) Vgl. Brodmann in Ehrenb. Handbch. IV 2 S. 101.

[202]) O.L.G. 41 S. 216; R.G. Gruchot 64 S. 341; L.Z. 1907 S. 428 Nr. 8; Recht 1907 Nr. 2855; A. Mg. O.L.G. 2 S. 100.

[203]) R.O.H.G. 12 S. 214; R.G. 66 S. 39. Genügen würde es danach allerdings schon, wenn die Geschäftsbedingungen früher besonders mitgeteilt oder sonst bekannt gegeben worden sind. L.Z. 1907 S. 908.

[204]) R.G. 109 S. 305: geeignete Mittel zur Kenntnisgabe seien öffentlicher Anschlag, augenfällige Kundmachung in den Geschäftsräumen, Bekanntmachung in verbreiteten Zeitungen. R.G. 112 S. 258: verpflichtende Kraft wird hier auch den vom maßgebenden Syndikat mit Genehmigung des Reichskohlenverbands für den Kohlenhandel aufgestellten Kauf- und Lieferungsbedingungen ohne weiteres beigelegt. J.W. 1926 S. 609.

erweitert. Der zeitgemäße Verkehrsgeist läßt das Publikum allgemein mit dem Bestehen besonderer Bedingungen rechnen. Wie viel mehr muß das aber der Kaufmann tun! Man wird daher einer allgemeinen Uebung durch die Annahme entsprechen, daß auch bei Unkenntnis von Existenz und Inhalt[205]) der Geschäftsbedingungen seitens des mit einem Großunternehmen kontrahierenden Vertragsteils diese beim Vertragsschluß stillschweigend vereinbart werden, wofern nur die Kenntnismöglichkeit durch öffentliche Bekanntmachung gewährt war.[206]) Besondere Bezugnahme ist nicht erforderlich. Bendix[207]) geht von einer tatsächlichen Vermutung der Kenntnis aus, welche durch den Gegenbeweis der Unkenntnis entkräftet werden könne. Wie soll aber dieser Gegenbeweis geführt werden, mit wieviel Kosten, Zeitaufwand und Gefahren wäre er, letzten Endes doch ohne Erfolg, zu führen? Voraussetzung für die vertretene Anschauung ist aber, daß die öffentliche Bekanntmachung in gehöriger Form erfolgt ist, d. h. auf handelsübliche Art und Weise. Es entscheidet demnach immer der Einzelfall, ob das Aushängen in den Geschäftsräumen,[208]) die Bekanntmachung in verbreiteten Zeitungen, der Anschlag an Plakatsäulen die übliche Art der Veröffentlichung ist. Bejahendenfalls ist die Vertragserklärung des Kaufmanns mit Hilfe der besprochenen Handelsgewohnheit dahin zu ergänzen, daß sie auch die allgemeinen Geschäftsbedingungen und mithin den besonderen Erfüllungsort umfaßt. Auf der Gegenseite bedarf es keiner Willensergänzung, da der entsprechende Wille immer vorhanden sein wird. Ihre Grenze findet diese Uebung an dem Begriff der guten Sitten, welche bei mißbräuchlichen Bestimmungen je nach Lage Nichtigkeit der Gesamtbedingungen oder nur teilweise Unwirksamkeit bewirken.

Oeffentliche Bekanntmachung genügt aber nicht im Normalverkehr zur Rechtfertigung einer stillschweigenden Bezugnahme. Bei kaufmännischen Unternehmen, welche nicht im Dienst eines Massenverkehrs stehen, braucht man nicht ohne weiteres an Geschäftsbedingungen zu denken. Der Umfang des Betriebs spielt dabei keine Rolle. Hier ist auch eine öffentliche Bekanntgabe nicht üblich. Man begnügt sich mit Einzelversendung oder Behändigung an die Kunden. Zu betonen ist, daß in der Annahme eines solchen Formulars nicht ein selbständiger Vertragsschluß zu erblicken ist. Es wird nur die Feststellung einer Auslegungsregel unverbindlich für die künftigen Abschlüsse bezweckt,[209])

[205]) So nur Hamburg Bankarchiv 10 S. 213.

[206]) Uebereinstimmend O.L.G. Düsseldorf J.W. 1926 S. 609 Nr. 8.

[207]) J.W. 1921 S. 226.

[208]) Mackower, § 346 Anm. 8 verlangt den Nachweis, daß die Bedingungen zur Kenntnis gekommen sind. A. Mg. O.L.G. 42 S. 229.

[209]) R.G. 58 S. 155; R.G. Holdheims M.-Schr. 1910 S. 293.

welche aus der anzuknüpfenden Geschäftsverbindung folgen sollen. Werden daraufhin wirklich Geschäfte gemacht, so gelten auch ohne ausdrückliche Erwähnung die Geschäftsbedingungen als vereinbart. Sie werden die lex contractus. Nach Treu und Glauben wird das beiderseitige Schweigen beim Vertrag als stillschweigende Bezugnahme durch schlüssiges Verhalten ausgelegt. Das ist aber nur möglich, wenn ein Abschluß demnächst erfolgt.[210]) Dann gelten die Bedingungen aber für alle folgenden Abschlüsse. Wiederholte Mitteilung ist nicht nötig.[211]) Daß der Empfänger die Geschäftsbedingungen nicht gelesen hat, schließt ihre Anwendung nicht aus. Er tut das auf seine Gefahr. Die Fortsetzung des Geschäftsverkehrs ist ein hinlänglich konkludentes Verhalten für sein Einverständnis.[212]) Abgesehen von diesen Fällen stillschweigender Bezugnahme werden die Geschäftsbedingungen nur Vertragsbestandteil durch ausdrücklichen Hinweis auf sie bei Abschluß des Vertrages und durch besondere Hereinnahme in dessen Inhalt. Ist nicht ausdrücklich Bezug genommen, so ist zu prüfen, ob der Verkäufer sonst im Lauf der Vertragsverhandlungen zu erkennen gegeben hat, daß er nur zu den von ihm aufgestellten Bedingungen abschließen will.[213])

Vermerke über den Erfüllungsort in Preislisten, Katalogen, Empfehlungsschreiben und Kostenvoranschlägen sind so besonderer Natur, daß sie nicht in den Rahmen dieser Schreiben passen, deren eigentlicher Zweck darin besteht, dem Käufer Aufschluß über die Art und Beschaffenheit der angepriesenen Ware, über ihren Preis, allenfalls noch über die Zahlungsmodalitäten zu gewähren. Alles aber, was darüber hinausgeht, gehört nicht zu ihnen, sondern zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen. Erfolgen also auf Zusendung oder Aushändigung solcher Schrift- oder Druckstücke Bestellungen mit anschließendem Vertragsschluß, so wird deren Inhalt nicht ohne weiteres durch Stillschweigen in den Vertrag aufgenommen. Der in ihnen festgelegte Erfüllungsort ist nicht maßgebend, außer wenn der Verkäufer einen besonderen deutlichen Hinweis auf seinen Willen gegeben hat, daß der Gesamtinhalt des Schreibens als in den Vertrag aufgenommenen zu gelten habe.[214]) Nimmt eine Bestellung des Käufers ausdrücklich Bezug auf die Katalogpreise oder bestimmte Nummern der Waren, ohne jedoch den weiteren Inhalt zu er-

[210]) D. h. innerhalb des Zeitraums, welcher die Uebersendung der Bedingungen normalerweise noch als Anlaß für die Anknüpfung des Geschäftsverkehrs erkennen läßt. Vgl. R.G. 58 S. 155; 13 S. 77.

[211]) R.G. J.W. 1918 S. 236 Z. 5; Hamburg Recht 1917 Nr. 2076. O.L.G. 11 S. 48.

[212]) Vgl. R.G. Holdheims M.-Schr. 1904 S. 105 ff.

[213]) Dür.-Hachenbg. II, Anh. zu §§ 358/59 Anm. 5.

[214]) O.L.G. 9 S. 131; Seuff. Arch. 64 S. 390; R.G. Bl. 10 S. 20.

wähnen, so dürfen die nicht angezogenen Teile nicht als genehmigt angesehen werden.[215]) Das gilt besonders von Bestimmungen, die von der gesetzlichen Regel abweichen, wie bei der Erfüllungsortsklausel.[216]) Auch bei längerem Geschäftsverkehr zwischen zwei Kaufleuten, selbst wenn der Verkäufer früher immer unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die einen vom Gesetz abweichenden Erfüllungsort enthaltende Preisliste offeriert hat, ist bei erneuter Offerte ohne Bezugnahme auf die Preisliste mangels Erkennbarkeit eines anderen Willens durch Annahme seitens des Adressaten keine Vereinbarung über den Erfüllungsort zustandegekommen.[217])

Ein Randvermerk auf geschäftlichen Briefformularen, welche keine Vertragsbestätigung enthalten, führt nicht schon zur Annahme einer dahingehenden stillschweigenden Vereinbarung, wenn einer solchen Vereinbarung in den Vorverhandlungen nie Erwähnung getan und die andere Partei den Randvermerk in ihrer folgenden Korrespondenz unbeantwortet ließ.[218]) In einem anderen Fall aber wurde eine Vereinbarung des Erfüllungsorts durch Unterwerfung unter den Vordruck auf den vor dem endgültigen Abschluß zugegangenen Briefbogen des Verkäufers bejaht.[219])

Wir sehen aus der Fülle dieser Kasuistik, daß eine durchgreifende abstrakte Entscheidung in den behandelten Fragen nicht getroffen werden kann. Die Gerichte sind auch über eine Entscheidung von Fall zu Fall nicht hinausgekommen. Jede Beurteilung richtet sich nach den Umständen in konkreto und muß daher von juristischem Feingefühl und lebendigem Verständnis für die Verhältnisse des praktischen Lebens getragen sein.

---

[215]) O.L.G. 9 S. 131.

[216]) Vgl. Mackower § 346 Anm. III 2.

[217]) R.R. Holdheims M.-Schr. 1904 S. 224.

[218]) Sächs. Rpfl. A. 1906 S. 231; vgl. auch R.G. in Gesetz u. Recht 1919 S. 290.

[219]) O.L.G. Karlsruhe in L.Z. 1908 S. 473 Z. 6.

Buchdruckerei K. Röhm, Sindelfingen
1931